

Comentarios al Proyecto Normativo:

“Proyecto de Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones”

Resolución de Consejo Directivo N° 051-2020-CD/OSIPTEL
(publicada en el diario oficial El Peruano el 06 de julio de 2020)

COMENTARIOS REMITIDOS DENTRO DEL PLAZO

- América Móvil S.A.C. (en adelante, América Móvil):
 - i. Carta DMR/CE/N° 1440/20, recibida el 22 de julio de 2020.
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC)
 - i. Correo electrónico recibido el 27 de julio de 2020
- J&A Garrigues Perú S. Civil de R.L. (en adelante, Garrigues)
 - i. Correo electrónico recibido el 27 de julio de 2020

Comentarios al Proyecto de Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones

Sobre las prácticas colusorias a las que aplica el Programa de Clemencia

Comentarios Recibidos	América Móvil	I. Sobre la inclusión de prácticas colusorias verticales y horizontales que constituyan prohibiciones relativas: El artículo 26 del Decreto Legislativo 1034 (“LRCA”) señala que el beneficio de exoneración de sanción o clemencia se encuentra normativamente previsto para la delación de prácticas colusorias en general, sin hacer distingo alguno. Sin embargo, el Proyecto de Guía ha circunscrito los beneficios de exoneración de sanción únicamente a las prácticas colusorias horizontales que constituyen una prohibición absoluta.
		El Proyecto estaría vulnerando el principio de que no se puede hacer distinciones donde la ley (en este caso, la LRCA) no distingue, lo cual se traduciría en una lesión a la garantía constitucional de igualdad ante la Ley y una contravención al principio de legalidad en materia administrativa. Consideramos que no existen razones atendibles para restringir al ámbito de aplicación de la clemencia, siendo que esta herramienta resulta igualmente eficaz para develar tanto prácticas colusorias horizontales que constituyan prohibiciones relativas como prácticas colusorias verticales, que de otro modo resultarían igualmente difíciles de detectar por el OSIPTEL. El hecho que la determinación de la legalidad de estas prácticas requiera ponderar sus efectos,

		razonabilidad y proporcionalidad no justifica su exclusión, dado que, precisamente, la colaboración de los agentes privados facilitaría a la autoridad efectuar estos tipos de análisis, contribuyendo así a los objetivos de promoción de eficiencia económica propugnados por la LRCA. II. Sobre la definición del término Cártel Se sugiere reemplazar la palabra cártel por prácticas colusorias, lo cual incluye prácticas colusorias horizontales que constituyan prohibiciones relativas previstas en el artículo 11.1 de la LRCA, así como la delación de prácticas colusorias verticales reguladas en el artículo 12 de la LRCA.
	MTC	I. Sobre la inclusión de prácticas colusorias verticales y horizontales que constituyan prohibiciones relativas: El numeral 1 del artículo 26 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, admite que el sistema de clemencia podría ser aplicable, en ciertas circunstancias especiales, incluso a otras prácticas colusorias distintas de las que constituyen cárteles. Inclusive, como bien lo menciona el Informe N° 00025-GPRC/2020, en algunos países se admite la posibilidad de que el programa de clemencia se extienda a prácticas colusorias verticales. En ese sentido, en aras de la predictibilidad y seguridad jurídica, se considera que lo conveniente es que la Guía de Clemencia no solo abarque a las prácticas colusorias horizontales, sino también a las verticales, toda vez que las mismas no ha sido limitado por la legislación y es una práctica común en varios países desarrollados como bien lo ha señalado el propio OSIPTEL. En todo caso, si se persiste en que la Guía de Clemencia aplique únicamente a los acuerdos horizontales o cárteles, se considera necesario que se indique o se valore de manera adecuada las razones por las cuales no amerita extender esta guía a los acuerdos verticales. No basta con señalar que los acuerdos horizontales son más dañinos o que se está siguiendo la misma práctica que el INDECOPI. Es importante un auténtico análisis de calidad regulatoria en este extremo.
Posición del OSIPTEL		I. Sobre la inclusión de prácticas colusorias verticales y horizontales que constituyan prohibiciones relativas: En efecto, el artículo 26.1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM (en adelante, la LRCA), contempla la posibilidad de que se solicite exoneración o reducción de sanción respecto a prácticas colusorias en general –horizontales y verticales. No obstante, conforme a lo expresamente dispuesto en el Art. 26.7 de la misma LRCA, el OSIPTEL tiene la facultad de expedir Lineamientos –como la presente Guía- en los que puede establecer los plazos, reglas y



condiciones o restricciones particulares para la mejor aplicación del Art. 26; debiendo entenderse entonces que, en ejercicio de dicha facultad legal, este organismo efectivamente puede determinar la pertinencia de condicionar o restringir la aplicación de la exoneración de sanciones únicamente a las prácticas colusorias horizontales que constituyen prohibiciones absolutas.

Asimismo, cabe reseñar que, si bien en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1205 –que estableció el texto vigente del Art. 26 de la LRCA–, se hace referencia a que el sistema de clemencia podría ser aplicable, “bajo determinadas circunstancias”, a otras prácticas colusorias distintas a las de cárteles, igualmente enfatiza que una de las finalidades más importantes de esta norma es “**maximizar los incentivos para que los agentes económicos que han incurrido en cárteles –es decir, prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibiciones absolutas–, se acojan al sistema de clemencia a cambio de colaborar (...) en la detección, investigación y sanción de tales conductas**”.

Bajo este marco legal, el OSIPTEL ha resaltado que la opción de restringir este sistema de exoneración de sanción sólo a los cárteles, resulta consistente con las mejores prácticas de programas de clemencia implementadas a nivel internacional, las cuales se enfocan de manera prioritaria en la detección y persecución de cárteles (infracciones listadas en el artículo 11.2 de la LRCA), 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 (artículos 11.1 y 12 de la LRCA).

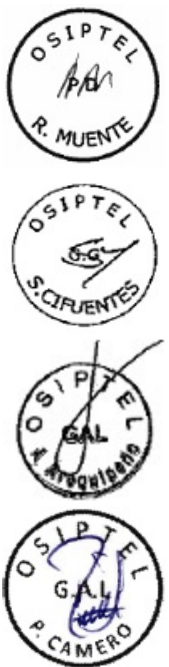
En efecto, las prácticas colusorias sujetas a prohibición relativa, tales como las colusiones verticales (artículo 12° de la LRCA), no siempre constituyen prácticas anticompetitivas sancionables, toda vez que la agencia de competencia debe acreditar durante el procedimiento que dichas conductas generan 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 (artículo 11.2 de la LRCA), 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.

Ello determina pues la pertinencia de priorizar la aplicación del programa de clemencia a las prácticas colusorias horizontales que constituyen





prohibiciones absolutas, teniendo en cuenta, al igual que INDECOPI ⁽¹⁾, que las Políticas de Competencia son más eficaces cuanto más concentran sus esfuerzos en la detección, persecución y represión de las conductas anticompetitivas que más gravemente afectan el bienestar de los consumidores, esto es, los hard-core cartels (cárteles de núcleo duro) o, simplemente, cárteles.

Finalmente, en atención a lo manifestado por el MTC respecto a que se debe realizar un auténtico análisis de calidad regulatoria, cabe señalar que el Programa de Clemencia se encuentra previsto en la Ley de Libre Competencia desde el año 2008. Así, la Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, tiene por objetivo incrementar la predictibilidad del programa, estableciendo plazos, definiciones, y el procedimiento en sí, para incentivar a los agentes económicos a acogerse a él. En ese sentido, esta Guía no genera costos a la sociedad adicionales a los ya previstos en la normativa vigente, siendo que el análisis de impacto regulatorio realizado únicamente compara la posibilidad de implementar o no una Guía, y no la aplicación o no del Programa de Clemencia, ya que este se encuentra previsto legalmente.

En atención a las consideraciones previamente expuestas, el OSIPTEL mantendrá el alcance del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones sobre las prácticas colusorias de prohibición absoluta, es decir, únicamente sobre los cárteles; así, al determinar efectivamente el alcance real del Programa, los agentes económicos que se acojan al Programa, delatando esta clase de prácticas, podrán acceder a los beneficios solicitados, lo cual dependerá de la evaluación de los elementos de prueba y del cumplimiento de los requisitos del Programa.

Por tanto, estando plenamente sustentada la razonabilidad de la aplicación de la presente Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones sólo a los casos de cárteles, y siendo que tales alcances son establecidos por el OSIPTEL en ejercicio de la facultad expresamente atribuida por el Art. 26.7 de la LRCA, no existe vulneración alguna al Principio General de Igualdad ante la ley ni al Principio de Legalidad en materia administrativa.

II. Sobre la definición y alcances del término “Cártl”:

En línea con lo señalado previamente, no corresponde modificar el término cártel, pues el alcance del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones sólo abarca a las prácticas colusorias sancionables bajo la prohibición absoluta, listadas en el numeral 11.2 de la LRCA, es decir, a los cárteles.

Sobre los Tipos de Clemencia

Comentarios Recibidos	América Móvil	I. Sobre la Clemencia Tipo A: Se debe incluir dentro del beneficio de exoneración de sanción que tampoco sean exigibles medidas correctivas de restitución al beneficiario, ello en tanto las repercusiones pecuniarias derivadas de una posible medida de restitución podrían afectar los incentivos para acogerse al programa de clemencia. Por la misma razón, consideramos que el beneficio
-----------------------	---------------	--

¹ Cfr. sección II de la Exposición de Motivos de la Guía del Programa de Clemencia aprobada por Resolución N° 059-2017-CLC-INDECOPI.

		de exoneración debería implicar que el OSIPTEL no aplique el segundo párrafo del artículo 49² de la Ley de Libre Competencia, sin restringir el derecho que podrían tener terceras personas de intentar acciones privadas para resarcir daños. De otro lado, en el Proyecto del Programa se establece como requisito que el solicitante deberá “(...) <i>poner pronta terminación a su participación en el cártel revelado, salvo indicación en contrario de la STCCO</i>”. Al respecto, entendemos que esta excepción está pensada para no perjudicar acciones de recopilación de evidencia que el OSIPTEL pueda considerar necesaria para demostrar la práctica colusoria develada. Si bien consideramos esta regla apropiada, es necesario aclarar que, en estas circunstancias, la participación del solicitante en el cártel no resultará en un mayor grado de responsabilidad en la eventualidad de una demanda civil subsecuente por daños y perjuicios. Por ello, recomendamos la siguiente redacción alternativa: <i>"Poner pronta terminación a su participación en el cártel revelado, salvo indicación en contrario de la STCCO, sin que esto último pueda resultar en responsabilidad para el Colaborador ante una posible demanda civil por daños y perjuicios"</i>. De otro lado, en el Proyecto se ha hecho referencia a que la solicitud puede alcanzar a otras empresas del grupo económico del solicitante. Sin embargo, en el numeral 4.1. último párrafo se señala que la solicitud <i>"no puede ser asignada en conjunto a más de un integrante del Cártel. No se admite la presentación de Solicitudes de Beneficio conjuntas por más de un Agente Económico"</i>. Recomendamos aclarar dicho texto indicando expresamente lo siguiente: <i>"La exoneración no puede ser asignada en conjunto a más de un integrante del Cártel. No se admite la presentación de Solicitudes de Beneficio conjuntas por más de un Agente Económico. Se deja constancia que a estos efectos distintas</i>
--	--	---

² Al respecto, como consecuencia de las modificaciones realizadas mediante el Decreto Legislativo N° 1205 y el Decreto Legislativo N° 1396, el segundo párrafo del artículo 49 de la LRCA se encuentra en el artículo 52 del TUO de la LRCA bajo los siguientes términos:

"Artículo 52.- Indemnización por daños y perjuicios

Una vez que la resolución administrativa declarando la existencia de una conducta anticompetitiva quedará firme, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de esta conducta, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante INDECOPI, y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios.

En el supuesto mencionado en el párrafo precedente, la Comisión, previo informe favorable de la Secretaría Técnica, se encuentra legitimada para iniciar, en defensa de los intereses difusos y de los intereses colectivos de los consumidores, un proceso judicial por indemnización por daños y perjuicios derivados de las conductas prohibidas por la presente norma, conforme a lo establecido por el artículo 82 del Código Procesal Civil, para lo cual deberá verificarse la existencia de los presupuestos procesales correspondientes. Sin perjuicio de ello, los plazos, reglas, condiciones o restricciones particulares necesarios para el ejercicio de esta acción, serán aprobados mediante lineamientos de la Comisión, a propuesta de la Secretaría Técnica".

		<i>empresas del mismo grupo económico del solicitante serán consideradas como sólo un agente económico”</i> II. Sobre la Clemencia tipo B y C: Invocan los mismos comentarios descritos para la Clemencia tipo A. No obstante, para la Clemencia tipo B y C es preciso señalar que, en la experiencia local y comparada, el segundo solicitante y los solicitantes subsecuentes desarrollan una actividad probatoria mucho más meticulosa, atendiendo a que están sujetos a un estándar de producción de evidencia más riguroso que el solicitante originario. En esta línea, la actividad probatoria desarrollada por los subsecuentes solicitantes suele ser de suma trascendencia para los objetivos de evidenciar y sancionar cárteles. Por lo mismo, el Proyecto debe cuidar no desalentar esta actividad, que es lo que precisamente ocurriría si la colaboración brindada conllevará el riesgo de imposición de medidas de restitución significativas. Por ello consideramos que el Proyecto debería, al igual que en el caso de los beneficios de reducción / exoneración de sanción, precisar que el beneficio de reducción de sanción también implica que no serán exigibles medidas correctivas de restitución al beneficiario y que el OSIPTEL no ejercitará las facultades previstas en el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley de Libre Competencia.
	MTC	I. Sobre la Clemencia Tipos A y B: El potencial beneficiario pretende aspirar siempre a la exoneración de la multa y sabe que la única manera de lograr ello es que la autoridad no tenga indicios del ilícito administrativo. Es así que al no tener la real certeza de que la autoridad tenga indicios, posiblemente no tenga el incentivo suficiente de colaborar con la autoridad para detectar los cárteles. En ese sentido, consideramos que el proyecto de Guía de Clemencia debe disponer criterios más objetivos para recurrir a la exoneración de la multa como puede ser, por ejemplo, el no inicio del procedimiento sancionador. Criterios más subjetivos como el que la autoridad tenga o no indicios puede generar un efecto contrario al perseguido por el programa de clemencia. En todo caso, se considera que este último criterio subjetivo debe ser suprimido.
	Garrigues	I. Sobre la Clemencia Tipo C: Se dispone que este tipo de beneficio también podrá ser otorgado al primer solicitante en caso no pueda acceder a la exoneración de la sanción debido a que ejerció coerción para el desarrollo del cartel. No obstante, no se ha previsto el rango de reducción de la sanción que recibiría el primer solicitante en este caso, como sí se ha regulado para el supuesto del segundo (reducción de 30 a 50%), tercer (reducción de 20 a 30%) y siguientes solicitantes (reducción de hasta 20%). La Ley de Competencia (artículo 26.5) establece que el agente



	económico que ha ejercido coerción puede beneficiarse de la reducción aplicándose los rangos establecidos (los anteriores) pero sin precisar si es un menor rango o si se aplicaría un rango desde 20% hasta el 50%, con lo cual sería recomendable que la Guía lo aclare. En atención a lo mencionado, sugerimos que la Guía incluya el rango de reducción de la sanción que recibiría el primer solicitante en este supuesto. Por otro lado, la redacción de la frase “<i>La reducción no puede ser asignada en conjunto a más de un integrante del Cártel</i>” se presta a confusión. Sí se puede aplicar a más de un integrante del Cártel, y por ello la Ley de Libre Competencia ha dispuesto el porcentaje de reducción en función al número de solicitantes. Si la reducción se otorga a varios Solicitantes, se entendería asignada a más de un integrante del Cártel. ¿Qué es lo que se busca cautelar con la expresión “en conjunto” – que no sea solicitada por varios miembros del Cártel en forma grupal? Ello ya se estaría regulando con la siguiente frase que indica “<i>No se admite la presentación de Solicitudes de Beneficio conjuntas por más de un Agente Económico</i>”.
Posición del OSIPTEL	<u>Sobre los procesos judiciales por indemnización de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas.-</u> En primer término, el artículo 17 de la LRCA dispone que el OSIPTEL –en su calidad de Agencia de Competencia en el segmento de mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones– aplica las disposiciones previstas en dicha Ley (3). En ese sentido, el OSIPTEL ha formulado la Guía de Programa de Clemencia en Telecomunicaciones considerando las disposiciones previstas en el artículo 26 del TUO de la LRCA que contempla, entre otros aspectos, lo siguiente: “Artículo 26.- Exoneración de sanción (...) 26.6. <i>La exoneración o reducción de la sanción aplicable no elimina ni limita la responsabilidad civil de los imputados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso</i>”. Al respecto, cabe resaltar que el procedimiento administrativo sancionador en el marco del cual se aplicará el programa de clemencia y el proceso judicial por indemnización por daños y perjuicios tienen naturaleza jurídica distinta. En efecto, debe tenerse en consideración que a través del procedimiento sancionador de represión de prácticas anticompetitivas se tutela un bien jurídico, el proceso competitivo; mientras que, de otro lado, el proceso judicial de indemnización por daños y perjuicios tutela los intereses de aquel particular que se haya visto afectado o haya sufrido daños producto

³ “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”.

	de la práctica anticompetitiva sancionada, una vez que el pronunciamiento administrativo quede firme (artículo 52° de la LRCA). Por lo tanto, el programa de clemencia no se extiende al ámbito judicial, sino que se circunscribe al ámbito administrativo. En efecto, tal como indica el proyecto en su numeral 5.4.4 <i>Alcances del Beneficio</i>, la obtención del beneficio definitivo garantiza que ninguna otra autoridad administrativa investigue o inicie un procedimiento sancionador por infracciones a las normas de libre competencia en relación con las conductas materia del beneficio. Así, la ventaja para el agente económico que decida acogerse al Programa de Clemencia se encuentra materializado en la reducción o inclusive en la exoneración de la sanción; sin embargo, ello, no significa de modo alguno que una persona que haya sufrido daños como consecuencia de la conducta anticompetitiva (cártel) no pueda demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios, tal como lo prevé el primer párrafo del artículo 52 del TUO de la LRCA ⁽⁴⁾. Además, corresponde precisar que, a nivel internacional –como por ejemplo en el ordenamiento jurídico de Chile ⁽⁵⁾, México ⁽⁶⁾ y España ⁽⁷⁾– se
--	---

⁴ **“Artículo 52.- Indemnización por daños y perjuicios**

Una vez que la resolución administrativa declarando la existencia de una conducta anticompetitiva quedará firme, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de esta conducta, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante INDECOPI, y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios.

(...)

⁵ **TEXTO REFUNDIDO DEL DECRETO LEY 211 QUE FIJA NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

“Artículo 39 bis.- El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o reducción de la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

(...)

En ningún caso este régimen de exenciones o reducciones podrá extenderse a la indemnización de los perjuicios que tuviere lugar”.

Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf (Fecha de consulta: 17.08.2020)

⁶ **LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA**

“ARTÍCULO 102.- La resolución a la que se refiere el artículo anterior, podrá decretar:

- I. El otorgamiento del beneficio de la dispensa o reducción del pago de las multas que pudieran corresponderle, y
- II. Las medidas para restaurar el proceso de libre concurrencia y de competencia económica.

(...)

La resolución a la que se refiere este artículo, será sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercer terceros afectados que reclamen daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil por la realización de la práctica monopólica relativa o concentración ilícita revelada a la Comisión en términos del artículo anterior”.

Disponible en: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/lfce_2014.pdf (Fecha de consulta: 17.08.2020)

⁷ **LEY 15/2007, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

“Artículo 72. Derecho al pleno resarcimiento.

1. Cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria”.

Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15> (Fecha de consulta: 17.08.2020)

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Courage* señaló lo siguiente:

“26 La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.

encuentra permitido que cualquier afectado pueda formular una acción de carácter civil asociada a los daños y perjuicios generados por la conducta anticompetitiva. Por ejemplo, México señala en su Guía del programa de inmunidad y reducción de sanciones, que únicamente los beneficios a obtener son la reducción de la multa y exención de responsabilidad penal, toda vez que en dicho país se considera que la comisión de prácticas monopólicas absolutas, son pasibles de responsabilidad civil⁸.

Considerando dicha disposición de rango legal, el INDECOPI, en su calidad de Agencia de Competencia, ha emitido su Guía de Programa de Clemencia⁹, en la cual se establece entre otros aspectos, lo siguiente:

V. Límite de los beneficios del Programa de Clemencia

Los beneficios de exoneración o reducción de sanciones no impiden la imposición de medidas correctivas de restablecimiento del proceso competitivo ni limitan la responsabilidad civil de los agentes económicos por los daños provocados como consecuencia de la infracción cometida, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26.6 de la Ley de Libre Competencia.

Así, la Guía del INDECOPI permite únicamente otorgar la exoneración o reducción de la sanción correspondientes a los integrantes de un cártel. De igual forma, otro beneficio, en el caso de la Clemencia Tipo A, es la no imposición de medidas correctivas de restitución en contra del beneficiario. La Guía del INDECOPI, no incluye a la exoneración de responsabilidad civil como parte de los beneficios. En efecto, en la exposición de motivos se establece que “*Aquellos agentes que se hayan visto perjudicados por la conducta infractora mantendrán a salvo su derecho a demandar la satisfacción de los daños sufridos en la vía judicial correspondiente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley de Libre Competencia. Una regla distinta contravendría lo expresamente dispuesto por el artículo 26.6 de la Ley de Libre Competencia*”. En este sentido, queda claro que los beneficios no incluyen la exención de la responsabilidad civil, de acuerdo a lo previsto por la LRCA.

Cabe mencionar que, si bien dicha Guía no se pronuncia de manera expresa respecto de la facultad del INDECOPI de iniciar un proceso judicial por indemnización de daños y perjuicios en defensa de intereses difusos y colectivos, el artículo 52° les otorga dicha facultad a las agencias de competencia conforme al artículo 82° del Código Procesal Civil.

Así, el OSIPTEL puede iniciar un proceso judicial relativo a la indemnización por daños y perjuicios asociados a conductas prohibidas previstas en el TUO

27 En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”.

[Subrayado agregado]

Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46604&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=19308> (Fecha de consulta: 17.08.2020)

⁸ https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-0032015_programa_inm.pdf (Consultado el 17 de agosto de 2020)

⁹ Aprobada mediante Resolución 059-2017/CLC-INDECOPI publicada el 31 de agosto de 2017 en el Diario Oficial “El Peruano”.

de la LRCA, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo 52 de dicha norma:

“Artículo 52.- Indemnización por daños y perjuicios

(...), la Comisión, previo informe favorable de la Secretaría Técnica, se encuentra legitimada para iniciar, en defensa de los intereses difusos y de los intereses colectivos de los consumidores, un proceso judicial por indemnización por daños y perjuicios derivados de las conductas prohibidas por la presente norma, conforme a lo establecido por el artículo 82 del Código Procesal Civil, para lo cual deberá verificarse la existencia de los presupuestos procesales correspondientes. (...).”

En este sentido, los límites, plazos, reglas, condiciones y restricciones al ejercicio de dicha acción por parte del OSIPTEL, corresponderán ser desarrollados y analizados en su oportunidad a través de otro documento de desarrollo, conforme lo estipula el artículo 52° de la LRCA. Por tanto, no corresponde que el OSIPTEL renuncie al ejercicio de dicha facultad en defensa de los intereses difusos y colectivos de los usuarios afectados por la práctica anticompetitiva sancionada.

No obstante a la disposición normativa antes invocada, en el Proyecto de Guía del Programa de Clemencia del OSIPTEL se aprecia claramente lo siguiente:

“6.1.4 Información confidencial y demandas por daños y perjuicios

La información aportada por el beneficiario que se encuentre en el expediente confidencial como consecuencia de una solicitud de beneficios no será trasladada, bajo ningún supuesto, por la STCCO y el CCP para que sea utilizada en contra del beneficiario en una eventual demanda de indemnización por daños y perjuicios. Esta limitación no alcanza a la información contenida en el expediente en que se tramita el procedimiento administrativo sancionador, como tampoco a aquella información que pueda haber sido hecha pública por el propio beneficiario”.

[Subrayado agregado]

En ese sentido, debe quedar claro que, la información aportada por el beneficiario del Programa de Clemencia y que se encuentre en el expediente **confidencial** no será empleada por el OSIPTEL en una eventual demanda de indemnización por daños y perjuicios; pues de lo contrario, se afectaría la eficacia del Programa de Clemencia, debilitando la lucha contra los cárteles en tanto los agentes económicos no tendrían los suficientes incentivos para acogerse al Programa de Clemencia.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que, lo señalado anteriormente no impide que OSIPTEL, en su calidad de Agencia de Competencia, pueda ejercitar acciones judiciales considerando la información que obre en el expediente del procedimiento administrativo sancionador asociado a la conducta anticompetitiva; así como, la información difundida por el propio beneficiario.



Por lo tanto, no corresponde abarcar en el presente proyecto, los alcances de la determinación de las indemnizaciones en vía judicial, en tanto, dicho aspecto requiere de un análisis muy complejo que escapa a los fines del proyecto y que viene siendo abordado en algunas legislaciones a través de instrumentos normativos distintos a la presente Guía. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico antitrust norteamericano, a las empresas que han obtenido clemencia se les concede en la vía judicial una reducción de esta cuantía que tendrán que pagar a los perjudicados, así se prevén medidas para limitar la responsabilidad civil de las empresas que decidan acudir a un programa de clemencia con el fin de impulsar su uso y no disuadir del mismo, pero sin menoscabar por otra parte el derecho de los perjudicados a obtener un resarcimiento¹⁰. De otro lado, la ley de Competencia húngara postula la existencia de la responsabilidad solidaria por los daños causados por el cártel, pero exime al beneficiario con la exoneración de sanción sobre estos, indicando que solo le correspondería pagar en caso las otras empresas participantes del cártel no pudieran realizar la indemnización completa¹¹.

En ese sentido, en aras de brindar reglas claras y uniformes a cargo de las Agencias de Competencia que actúan en el ámbito nacional y en el marco legal previsto en el TUO de la LRCA, se tiene que la regla formulada por el INDECOPI antes detallada ha sido considerada en el Proyecto de Clemencia de OSIPTEL bajo los siguientes términos:

“5.4.5 Medidas correctivas

Los beneficios de exoneración o reducción de sanciones no impiden la imposición de medidas correctivas de restitución (salvo que de forma excepcional y debidamente justificada el CCP disponga la exoneración de este tipo de medidas correctivas) o de restablecimiento del proceso competitivo y no limitan la responsabilidad civil de los agentes económicos por los daños provocados como consecuencia de la infracción cometida”.

Al respecto, cabe modificar únicamente el título de dicho numeral a “*Limites del Beneficio*”, en tanto dicha disposición se encuentra vinculada a las limitaciones del beneficio asociado a las medidas correctivas y la responsabilidad civil por daños.

Sobre la imposición de Medidas Correctivas.-

En principio es necesario señalar que el Programa de Clemencia del OSIPTEL busca maximizar los incentivos para que los agentes económicos que han incurrido en cárteles —es decir, prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibiciones absolutas—, se acojan al sistema de clemencia a cambio de colaborar con el CCP y la STCCO en la detección, investigación y sanción de tales conductas.

Así, en el marco del Programa de Clemencia, el beneficio principal es la reducción o, inclusive la exoneración de la sanción; lo cual, dependerá de la oportunidad de la solicitud del beneficiario y del valor agregado significativo

¹⁰ PEREZ FERNANDEZ, Patricia. La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust. Pág 17, 2013.

¹¹ BACHER, Gustav. Limitation of liability of the leniency applicant and calculation of amount of damages in the new hungarian legislation. En: http://www.ligue.org/uploads/documents/bacher_leniency_amendment_of_the_competition_act_080901.doc.

de los elementos aportados por el agente económico ⁽¹²⁾. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 49° de la LRCA, además de la sanción, la autoridad de competencia podrá dictar medidas correctivas de dos tipos: (i) de restablecimiento del proceso competitivo a efectos de prevenir la continuación o reiteración de la conducta infractora (artículo 46.1 de la LRCA); o, (ii) de restitución, dirigidos a revertir los efectos lesivos de la conducta infractora (artículo 46.2 de la LRCA).

“Artículo 49.- Medidas correctivas

49.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, (...)

49.2. La Comisión también podrá dictar medidas correctivas dirigidas a revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora”.

En ese sentido, mediante las medidas correctivas de restitución, la Agencia de competencia persigue la recomposición en el funcionamiento del proceso competitivo ⁽¹³⁾. Así, el OSIPTEL tiene plenas facultades ⁽¹⁴⁾ para ordenar las medidas correctivas en aras de coadyuvar en la dinámica y eficiencia del mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Al respecto, es preciso mencionar que, en el caso de la Guía del INDECOPI, se prevé la posibilidad de que el beneficiario de la exoneración (Clemencia de Tipo A) se beneficie de la no imposición de medidas correctivas de restitución, siempre que renuncie a la confidencialidad de su identidad, la cual se hará efectiva con la resolución de inicio del procedimiento sancionador.

¹² Al respecto, en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1205 que modificó la LRCA, se advierte lo siguiente:

“Esta figura, correctamente diseñada y aplicada, permite a la autoridad de competencia no sólo disponer de información interna sobre el funcionamiento del cártel, propiciando el inicio del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, sino que, además, su sola existencia puede introducir un elemento de desconfianza entre los participantes en el cártel y que desincentiva su formación. Únicamente el primer agente económico en confesar y aportar pruebas sobre la existencia del cártel se hará acreedor de la máxima recompensa, la exención del total de la sanción que le hubiera sido impuesta de no haber prestado su colaboración a la autoridad de competencia. De este modo, lo que se busca es generar lo que se conoce en otras jurisdicciones como «race to the courthouse» porque solo el primero, «el ganador de la carrera», se llevará la mejor recompensa”.

¹³ Se debe considerar que este restablecimiento del proceso competitivo tiene como base la finalidad de la política de competencia adoptada por nuestro país, esto es, promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Al respecto, Kaplow y Shavell sostienen que “desde la perspectiva de la economía de bienestar, el propósito central de la ejecutabilidad de la Ley es reducir las actividades perniciosas.”. KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven. Fairness versus Welfare. Harvard University Press, 2002. Pág. 292

[Información consignada en nota al pie 507 de la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI]

¹⁴ Cabe señalar que, con ocasión del análisis de constitucionalidad de la Resolución 0256-2005/TDC-INDECOPI, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

“22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61° de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65° de la Constitución).”

En este sentido, el numeral 5.3.2 no descarta la posibilidad de que el beneficiario pueda eventualmente ser exonerado de la imposición de una medida correctiva de carácter reconstitutivo al señalar que es facultad del CCP disponer la exoneración de este tipo de medidas de forma excepcional y solamente para el tipo de Clemencia A. En efecto, es importante mencionar que, si bien las medidas correctivas no tienen naturaleza sancionatoria, en algunas oportunidades es cierto que pueden resultar de oneroso cumplimiento en comparación con las multas a imponerse, pues estas últimas se encuentran sujetas al límite de ingresos del infractor. Sin embargo, un análisis de este tipo deberá ser evaluado por el CCP, de acuerdo a la naturaleza de la infracción, alcance de la infracción, afectación al mercado, entre otros elementos que difieren en cada caso en concreto.

Así, en el Proyecto del Programa de Clemencia del OSIPTEL se advierte lo siguiente:

“5.3.2 Contenido del Compromiso de Otorgamiento de Beneficio (...)

El Compromiso de Otorgamiento de Beneficios (Clemencia Tipo A) podrá precisar las condiciones excepcionales bajo las cuales el CCP podrá abstenerse de dictar medidas correctivas de restitución, conforme al artículo 49 de la Ley de Libre Competencia”.

[Subrayado agregado]

“5.4.5 Medidas correctivas

Los beneficios de exoneración o reducción de sanciones no impiden la imposición de medidas correctivas de restitución (salvo que de forma excepcional y debidamente justificada el CCP disponga la exoneración de este tipo de medidas correctivas) o de restablecimiento del proceso competitivo y no limitan la responsabilidad civil de los agentes económicos por los daños provocados como consecuencia de la infracción cometida”.

[Subrayado agregado]

Siendo ello así, debe quedar claro que, conforme a la evaluación del CCP es posible que al beneficiario bajo el Tipo de Clemencia A no se le imponga medidas correctivas de restitución, en la medida que, además fue el primero en presentar elementos probatorios de la existencia del cártel.

Con relación a la petición de América Móvil en cuanto a que tampoco sean exigibles medidas correctivas de restitución al beneficiario en la clemencia del Tipo B y C, cabe señalar que no corresponde acoger dicha solicitud para ambos tipos de clemencia, debiendo establecerse la aclaración correspondiente. En principio, prever la posibilidad de exonerar la imposición de medidas correctivas a los beneficiarios de la Clemencia Tipo A es dar incentivos a una primera solicitud que permita que la STCCO detecte y acredite la existencia de un cártel cuando no cuenta con indicios de la comisión de una infracción, escenario distinto al acontecido en la clemencia del Tipo B y C, donde o bien se cuenta con indicios de la infracción o ya se ha iniciado el respectivo procedimiento sancionador. En similar sentido la Guía de Clemencia del INDECOPI expone que este beneficio alcanza únicamente al primer solicitante en el caso de la Clemencia Tipo A.



En ese sentido, el principal **incentivo** del agente económico para recurrir a la Agencia de Competencia es la **exoneración** del pago de la multa por la comisión de una práctica colusorias horizontal sujeta a prohibición absoluta –es decir, el cártel– o, en su defecto, la reducción de la multa.

Sin perjuicio de ello, excepcionalmente, el CCP podrá abstenerse de imponer la medida correctiva de carácter restitutorio, decisión que será debidamente fundamentada precisando los elementos que justifican tal decisión.

De otro lado, se tomará en consideración el comentario de América Móvil referido a la necesidad de que se aclare el alcance de solicitud de clemencia en los casos de las personas jurídicas. Por tanto, en el caso de personas jurídicas, la solicitud de beneficios corresponde a una decisión empresarial y puede incluir a funcionarios, ex funcionarios, así como a personas jurídicas que pertenezcan a su grupo económico, en la medida que asuman el deber de colaboración con la autoridad. Ello, en la medida que la decisión adoptada por la empresa no constituya una conducta aislada de uno de sus miembros integrantes. Así, en los últimos párrafos de los apartados Clemencia Tipo A y Clemencia Tipo C, del numeral 4.1. del Proyecto de Guía se les incluirá el siguiente párrafo:

“A estos efectos, de acuerdo al artículo 2.3 de la LRCA se entiende por agente económico a empresas de un mismo grupo económico. La solicitud podrá alcanzar a funcionarios y ex funcionarios de la persona jurídica.”

Por otro lado, en relación al comentario del MTC sobre la eliminación del criterio basado en la tenencia o no de indicios del ilícito administrativo por parte de la autoridad para determinar si se otorga exoneración o reducción de la sanción, el OSIPTEL considera que dicho criterio debe mantenerse. Al respecto, cabe señalar que, el objetivo que se persigue con el Programa de Clemencia es mejorar la capacidad de detección de cárteles, dada la dificultad que representa el despliegue de la actividad probatoria para la autoridad de competencia. Así, lo que se busca es que los participantes de cárteles se vean incentivados a delatar lo antes posible la existencia de estos, para lo cual es preciso que el principal beneficio, es decir la exoneración de la sanción, sólo esté reservado para aquel que delate un cártel sobre el cual la autoridad de competencia no tenga indicio alguno. Así se incentiva que las empresas delaten cárteles lo antes posible, pues esperar a que la autoridad identifique indicios u obtenga medios probatorios por sus propios medios, implica no sólo un despliegue de esfuerzos considerables por parte de la autoridad sino también que eventualmente se continúe afectando el proceso competitivo. Por ello, el único beneficio que podrían alcanzar en este escenario, en el cual la agencia de competencia ya desplegó esfuerzos para la identificación de la práctica y su eventual cese, sería una reducción de la sanción según el valor agregado significativo que aporten las pruebas que presente el solicitante.

En ese sentido, reservar el beneficio de la exoneración de la sanción únicamente para el primer solicitante que delate un cártel sobre el que la autoridad no tenga conocimiento alguno, incentiva a los participantes a delatar lo antes posible. Cabe señalar que los incentivos para aquel primer solicitante en la clemencia del Tipo A, se verían mermados si se otorga el mismo beneficio, esto es, la exoneración de la sanción, a aquel que delata cuando la autoridad de competencia no tiene indicios de un cártel a que a



	aquel que delata cuando la autoridad ya cuenta con algunos indicios de la infracción y se encuentra en etapa de investigación preliminar. De otra parte, en relación a los comentarios del Estudio Garrigues, cabe señalar que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 26.6 de la LRCA, el agente económico que haya ejercido coerción no puede beneficiarse de la exoneración de la sanción, pero sí de la reducción de la multa de acuerdo a los rangos establecidos en el artículo 26.3 siempre que aporte elementos de juicio con un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción. En este sentido, los rangos de reducción de la sanción a la que podría acceder el primer solicitante que ha ejercido coerción corresponden a los rangos de reducción aplicables a los segundos, terceros y subsiguientes solicitantes, es decir una reducción entre el 20% y el 50% según el valor agregado significativo que aporten las pruebas presentadas, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 26.3 y 26.5 de la LRCA. En este sentido, no corresponde incluir en la Guía una modificación en este sentido. Finalmente, la disposición establecida en el numeral 4.1 del proyecto <i>“La reducción no puede ser asignada en conjunto a más de un integrante del Cártel”</i>, se explica con el enunciado siguiente: <i>“No se admite la presentación de Solicitudes de Beneficio conjuntas por más de un Agente Económico”</i>. Ello quiere decir que, no es posible que más de una empresa integrante del cártel pretenda acceder, conjuntamente, al programa de clemencia, siendo imposible entonces que la reducción de la sanción se otorgue en conjunto a más de un integrante del cártel. Es preciso indicar al Estudio Garrigues que la LRCA ha dispuesto que se apliquen las reducciones de porcentajes a solicitantes que apliquen al programa de manera independiente y no de manera conjunta a través de una misma solicitud. Sin perjuicio de ello, se procede a formular la siguiente redacción: <i>“La reducción no puede ser asignada en conjunto a más de un integrante del Cártel, toda vez que, no se admite la presentación de Solicitudes de Beneficio conjuntas por más de un Agente Económico”</i>. Así, en virtud de los comentarios analizados, los últimos párrafos de los apartados Clemencia Tipo A y Clemencia Tipo C, del numeral 4.1. del Proyecto de Guía quedarán de la siguiente forma: <i>“La exoneración no puede ser asignada en conjunto a más de un integrante del Cártel, toda vez que, no se admite la presentación de Solicitudes de Beneficio conjuntas por más de un Agente Económico. A estos efectos, de acuerdo al artículo 2.3 de la LRCA se entiende por agente económico a empresas de un mismo grupo económico. La solicitud podrá alcanzar a funcionarios y ex funcionarios de la persona jurídica.”</i> <i>“La reducción no puede ser asignada en conjunto a más de un integrante del Cártel, toda vez que, no se admite la presentación de Solicitudes de Beneficio conjuntas por más de un Agente Económico. A estos efectos, de acuerdo al artículo 2.3 de la LRCA se entiende por agente económico a empresas de un mismo grupo económico. La solicitud podrá alcanzar a funcionarios y ex funcionarios de la persona jurídica.”</i>	
Sobre la Oportunidad para presentar la solicitud		
Comentarios Recibidos	América Móvil	Sugerimos que siguiendo el ejemplo de la Guía del Programa de Clemencia del INDECOPI se otorgue un plazo de hasta treinta (30) días hábiles posteriores al inicio del procedimiento

		sancionador para poder ingresar la solicitud de beneficio correspondiente. Ello debido a que consideramos que la actividad probatoria desarrollada por los subsecuentes solicitantes suele ser de suma trascendencia para los objetivos de evidenciar y sancionar cárteles. Por lo mismo, el Proyecto debe cuidar no desalentar esta actividad.
	Garrigues	Sugerimos ampliar el plazo máximo establecido para la presentación de la solicitud de beneficio referido a la reducción de la sanción contabilizado a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador, a fin de otorgarle al solicitante un periodo más razonable que le permita recoger la mayor cantidad de elementos de prueba con valor agregado que resulte posible. En esa línea y conforme ha sido recogido por la Guía del Programa de Clemencia en materia de libre competencia aprobada por el INDECOPI, recomendamos que la Guía a ser aprobada por el OSIPTEL contemple un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para tal efecto.
Posición del OSIPTEL		El numeral 4.2 del proyecto regula la oportunidad de la presentación de la solicitud de beneficio de exoneración (antes de iniciado el procedimiento sancionador) y la del beneficio de reducción de la sanción (luego de los quince días posteriores al inicio del procedimiento sancionador). Con relación a la oportunidad de la presentación de la solicitud de beneficio de reducción de la sanción, se considera que efectivamente, los solicitantes deben contar con un plazo razonable para presentar aquellos medios probatorios que aporten un valor agregado a la investigación, toda vez que de ello dependerá el examen que realice la autoridad sobre el valor probatorio de la documentación aportada y la consecuente aceptación de la solicitud. En atención a lo expuesto, se ha considerado tomar en cuenta los comentarios presentados por el Estudio Garrigues y América Móvil y, por lo tanto, se modifica el numeral 4.2 del acápite IV "Beneficios del Programa de Clemencia"; y, en consecuencia, el plazo máximo para la presentación de la Solicitud de Beneficio referido a la reducción de la sanción es de treinta (30) días hábiles. Asimismo, conviene precisar que dicho plazo será computado a partir de la notificación del inicio del procedimiento sancionador a las partes. La redacción quedaría de la siguiente forma: <i>"La Solicitud de Beneficio presentada luego de iniciado el procedimiento administrativo sancionador únicamente puede acceder a una reducción de la sanción, siempre que los elementos de prueba entregados aporten un Valor Agregado Significativo. El plazo máximo para la presentación de la Solicitud de Beneficio referido a la reducción de la sanción es de treinta (30) días hábiles posteriores a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador."</i>
Sobre el Valor Agregado Significativo		
Comentarios Recibidos	América Móvil	En la definición se señala que se le otorgará "(...) un mayor valor a las pruebas concluyentes que a pruebas tales como las declaraciones o testimonios, que exigen corroboración en caso de ser contradichas". Respetuosamente consideramos que la definición de prueba concluyente es un concepto

		subjetivo que no puede ser aterrizado a una situación en concreto. En efecto, es así que en general toda prueba (diferente a declaraciones o testimonios) deberá ser corroborada a efectos de poder acreditarse su existencia e idoneidad, lo cual incluye correos, documentos, entre otros. En tal sentido sugerimos excluir dicho término.
	MTC	Se considera pertinente flexibilizar el alcance del concepto de Valor Agregado Significativo. Específicamente, lo más conveniente es señalar que si las pruebas aportadas por el beneficiario después del inicio del procedimiento administrativo sancionador son utilizadas por la autoridad administrativa para sancionar, lo más justo y equitativo es que el mismo pueda recibir la reducción de la multa como premio a su colaboración.
Posición del OSIPTEL		Respecto al comentario de América Móvil, el OSIPTEL considera como pruebas concluyentes a aquellos elementos de juicio, independientemente del soporte que los contenga (pueden ser correos, grabaciones, y documentos), que no exigen corroboración o sustento en fuentes adicionales y que permitan a la autoridad reforzar la imputación o incrementar las posibilidades de acreditar la existencia de un cártel; y, en consecuencia, nos encontramos ante una prueba directa ⁽¹⁵⁾ de la comisión de la práctica colusoria horizontal, esto es, el cártel. Ello a diferencia de pruebas como testimonios o declaraciones, que, al ser manifestadas posteriormente a la concurrencia del ilícito, podrían ser cuestionadas y requieran ser corroboradas. Así, este último tipo de pruebas otorgan menor valor agregado a la capacidad de la STCCO de probar los hechos de que se trata la conducta, por lo que el solicitante que las presente podría obtener un menor beneficio que aquel que aporte pruebas concluyentes como correos o documentos donde se compruebe el ilícito. En este sentido, se debe dar un mayor valor probatorio a aquellos medios probatorios que se encuentren relacionados al período infractor y a los hechos investigados. Cuando la STCCO contase con determinada información sobre la comisión de la infracción, el valor agregado estará dirigido a acreditar la comisión de la infracción o refuerce la hipótesis colusoria. Para ello, la STCCO deberá evaluar la naturaleza probatoria y el nivel de detalle presentado. En ese sentido, respecto a la propuesta de América Móvil en el sentido de eliminar la palabra “prueba concluyente” corresponde descartarla y precisar la redacción de la siguiente manera: “4.3 Valor agregado significativo <i>El Valor Agregado Significativo se refiere a la medida en que los elementos de prueba aportados por el Solicitante aumentan la capacidad de la STCCO de probar los hechos de que se trata, ya sea por su propia naturaleza o por su nivel de detalle o por ambos conceptos. En esta evaluación, STCCO</i>

¹⁵ Al respecto, QUINTANA SÁNCHEZ señala lo siguiente:

“(…) los acuerdos entre competidores son pactos, contratos o convenios que ponen en evidencia la manifestación de voluntad de los participantes y que se prueban a través de documentos escritos u otros medios que permiten concluir con plena certeza que existió la voluntad común de restringir la competencia entre ellos (prueba directa)”.
[Énfasis agregado]

QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Prácticas Concertadas entre Competidores y Estándar de Prueba Requerido. En: Revista ... Derecho Administrativo N° 10, Tomo I, Lima, noviembre de 2011, página 16. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13648/14272>

	otorgará más valor a las <u>pruebas concluyentes</u> (tales como documentos, correos electrónicos, mensajería electrónica, videos, fotografías, entre otros) que correspondan al periodo en que se produjeron los hechos, que a las pruebas de fechas posteriores. En relación al comentario del MTC, es preciso señalar que el valor agregado significativo de la información remitida por los solicitantes debe ser evaluada caso por caso, siendo que no se debe otorgar el mismo nivel de reducción de sanción a diferentes solicitantes que hayan aportado pruebas con distinto valor agregado significativo. Bajo tales consideraciones, el otorgamiento del beneficio respectivo dependerá de la determinación del valor agregado significativo de las pruebas aportadas y no solamente tener en cuenta si tales elementos fueron o no utilizadas por la STCCO.
--	---

Sobre la Presentación de la Solicitud del Beneficio

Comentarios recibidos	América Móvil	I. Sobre las consultas de disponibilidad de marcadores: El requerir a quien formula la consulta brindar el “tipo de infracción” se contrapone a los incentivos naturales de un sistema de marcadores. El empleo de un sistema de marcadores con beneficios diferenciados, como el adoptado en nuestra legislación, persigue incentivar a los agentes económicos a reportar con suma celeridad prácticas anticompetitivas, en cuanto se detecte que éstas hayan sido llevadas a cabo por sus funcionarios. La diferenciación de beneficios obtenibles, dependiendo del orden de llegada, conlleva a que las decisiones de reportar prácticas deban ser llevadas a cabo en base a indagaciones preliminares, sin un profundo conocimiento de la extensión y el detalle de las conductas ejecutadas. Por lo mismo, al momento de generarse la necesidad de formular una consulta sobre la disponibilidad de marcadores, puede resultar complicado efectuar el “tipo de infracción” de lo acontecido. Atendiendo a lo explicado, sugerimos el siguiente texto alternativo: <i>“La absolución de consultas estará a cargo de los funcionarios asignados por la STCCO, quienes podrán brindar información sobre la disponibilidad de los Marcadores para acogerse al Programa de Clemencia, siempre que se proporcione información aproximada sobre el producto o servicio afectado en el mercado, el alcance geográfico y el periodo aproximado.”</i> Asimismo, dada la naturaleza de las prioridades que pueden generar beneficios distintos, sugerimos incluir un plazo máximo en el cual la STCCO pueda dar respuesta a la solicitud de consultas a efectos de poder dar mayor predictibilidad a los postulantes de una posible clemencia.





II. Sobre la solicitud de beneficio y asignación de marcadores:

Considerando que al momento de presentarse la solicitud puede que no se tenga la totalidad de la información o, adicionalmente, que sólo se haya descubierto una parte de la conducta delatada, sugerimos seguir las recomendaciones del INDECOPI respecto a los alcances de la información posterior, sugiriendo en tal sentido la posibilidad de modificar la data proporcionada o ampliar la solicitud. Asimismo, se debe indicar expresamente que cualquier información adicional que haya sido obtenida por la autoridad como consecuencia de mayores labores de revisión para esclarecer los alcances y características de la práctica delveta, no perjudicará los beneficios obtenidos por el solicitante. En tal sentido recomendamos el siguiente texto:

Considerando la posibilidad de que los datos proporcionados en una solicitud de beneficios respondan a información aproximada o inicial con que cuente el solicitante al momento de su postulación, la eventual modificación de dichos datos no afectará la evaluación que realice la STCCO respecto a la colaboración del solicitante, en la medida que responda a un legítimo cumplimiento de su deber de colaboración, y no al intento deliberado por limitar el acceso de la STCCO a información que obra en poder del colaborador.

En tal sentido, a manera de ejemplo, será posible que un marcador sea ampliado para abarcar un periodo de la conducta o un área geográfica más extensa, así como un mayor número de copartícipes de la infracción. No obstante, la STCCO no otorgará una ampliación de la solicitud a infracciones independientes o vinculadas a mercados distintos, pudiendo el interesado presentar una nueva solicitud de beneficios, que será tramitada por la STCCO según su orden de presentación y el cumplimiento de los requisitos aplicables.

Como se ha explicado, en la etapa inicial del proceso los solicitantes difícilmente contarán con información que le permitan tener un conocimiento cabal de la extensión y el detalle de las conductas ejecutadas. Por lo mismo, es de esperarse que la solicitud omita información que recién podrá conocerse una vez que se efectúan labores de revisión más rigurosas.

III. Sobre el alcance de la solicitud del beneficio

El Proyecto no aclara si se trata de sistemas de marcadores paralelos (uno para clemencias individuales y otro para clemencias corporativas) o si se trata de un único sistema de marcadores (de modo que una solicitud de clemencia individual pueda afectar la disponibilidad de marcadores en



		caso presentarse luego una clemencia corporativa y viceversa). La opción antes explicada puede tener repercusiones prácticas. A modo de ejemplo, si ambas modalidades colaborativas están sujetas a un único sistema de marcadores, si el primer marcador ha sido tomado, un funcionario de una empresa que decide no acogerse al programa de clemencia podría no tener incentivos suficientes para intentar una solicitud de clemencia individual si el beneficio disponible para su caso es menor. Por el contrario, en un esquema de sistemas de marcadores paralelos, dicho funcionario podría intentar acogerse al programa de clemencia, en tanto aseguraría un beneficio de exoneración, con prescindencia de la decisión de su empresa. Del mismo modo, si el primer marcador es otorgado a un solicitante individual, los incentivos de colaboración para los eventuales solicitantes “corporativos” podrían verse mermados. Si el objetivo del Proyecto es promover la presentación de solicitudes y la participación de colaboradores, intuimos que un sistema de marcadores paralelos resultaría más apropiado. Por otro lado, sugerimos detallar expresamente que la solicitud de beneficios presentada por una persona jurídica podrá alcanzar a otras empresas del grupo económico del solicitante, así como a los funcionarios y ex funcionarios del colaborador, estando los beneficios aplicables condicionados al cumplimiento oportuno del deber de colaboración por parte de cada uno de aquellos a quienes se extienda la solicitud. En ese mismo sentido, sugerimos que no se establezca una obligación de <i>“agotar los medios para lograr la participación de sus exfuncionarios”</i> dado que dicha obligación es de difícil comprobación. En tal sentido, se sugiere incluir la frase <i>“invitar a los exfuncionarios, de ser el caso, a ser parte de la Solicitud de Beneficios”</i>. IV. Sobre la comunicación de admisión de solicitud de beneficio y admisión de marcador Sugerimos incluir de manera expresa el tiempo en el cual la STCCO notificará de la admisión de la solicitud del beneficio y de la asignación del marcador. En el Proyecto sólo se hace referencia al plazo que posee la STCCO para admitir y para programar la reunión de coordinación. En tal sentido sugerimos que la notificación sea realizada dentro de los cinco (5) días hábiles de recibido el Marcador (de manera que se pueda proporcionar celeridad a dicho proceso), debiendo realizarse la reunión diez (10) días hábiles después de dicha notificación.
	MTC	I. Sobre las consultas de disponibilidad de marcadores: La presente propuesta dispone que si en el plazo de tres (3) días hábiles, posteriores a la absolución de la consulta, no se recibe una Solicitud de Beneficio, la autoridad podrá iniciar una investigación de oficio en dicho mercado.



		Al respecto, se considera establecer límites a la discrecionalidad de la autoridad. Específicamente, resulta conveniente señalar que, si la autoridad no recibe solicitud de beneficio alguna después de la absolución de la consulta, esta misma tiene la facultad de iniciar investigaciones siempre que, además, tenga cierto indicio de alguna conducta ilícita. El no tener el límite descrito puede generar que la autoridad inicie investigaciones sin mayor control y; por consiguiente, realice gastos públicos innecesarios. II. Sobre el alcance de la solicitud del beneficio La presente propuesta dispone que la autoridad administrativa podrá requerir al Solicitante beneficiario agotar los medios para lograr la participación y colaboración de sus ex funcionarios. Al respecto, es importante que a lo largo del proyecto de Guía de Clemencia se disponga que la no colaboración de los ex funcionarios no es causal para no recibir el beneficio de exoneración o reducción de la multa, según corresponda. Ello debido a que en la gran mayoría de casos los ex funcionarios posiblemente no tengan incentivos para participar en el proceso de colaboración y esto puede obstruir el procedimiento sancionador. III. Sobre la reunión de coordinación para entrega de evidencia La presente propuesta dispone que la autoridad administrativa podrá reprogramar la reunión de entrega de evidencias por razones debidamente justificadas. Al respecto, se considera pertinente agregar la posibilidad de que el beneficiario pueda solicitar a la autoridad, por única vez, la reprogramación de la reunión siempre que exista causa justificada. Esto último es un auténtico reflejo de la garantía al debido procedimiento del beneficiario conforme el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
	Garrigues	I. Sobre las consultas de disponibilidad de marcadores: Sugerimos que, además de la alternativa de consultar sobre la disponibilidad de marcadores, los agentes económicos tengan la posibilidad de efectuar consultas y/o requerir información en general sobre las reglas, criterios, beneficios y limitaciones aplicables al Programa de Clemencia. Del mismo modo en que ha sido regulado en la Guía del Programa de Clemencia en materia de libre competencia aprobada por el INDECOPI, este tipo de consultas tendría por finalidad que los agentes económicos puedan tomar una decisión informada, obteniendo información relevante acerca del procedimiento a seguir para obtener los beneficios del Programa de Clemencia, así como para brindar orientación y absolver eventuales dudas que pudieran surgir sobre el Programa.



	En la línea de la referida Guía del INDECOPI, estas consultas podrían ser realizadas sin necesidad de que requirir que el solicitante se identifique. II. Sobre la reunión de coordinación para entrega de evidencia Al respecto, recomendamos que la Guía incluya la posibilidad de que el solicitante que no haya asistido a la reunión de coordinación pactada para la entrega de la evidencia pueda presentar una nueva solicitud de beneficio; esto, de manera similar a lo señalado en el numeral 5.2.1, en el que se ha previsto que ante la falta de entrega de la evidencia dentro del plazo máximo de treinta (30) días hábiles después de producida la reunión de coordinación, el solicitante podrá presentar una nueva solicitud de beneficio, sin perjuicio de haber perdido la prioridad otorgada por el Marcador perdido.
Posición del OSIPTEL	I. Sobre las consultas de disponibilidad de marcadores: En principio, es preciso indicar que, para atender las consultas de disponibilidad de marcador, es preciso conocer mínimamente el producto o servicio afectado y el tipo de infracción, toda vez que dicha información general permite a la autoridad reconocer si la conducta sobre la que se consulta corresponde a alguna sobre la que ya se haya asignado algún marcador previamente, a efectos de comunicar dicha información al solicitante y que éstos adopten una decisión informada. Asimismo, se incluirá un plazo de siete (07) días hábiles para que la STCCO de respuesta a la solicitud de consultas de disponibilidad de marcadores. Al respecto, se incluirá la posibilidad de ampliar este plazo dependiendo de la complejidad del caso, hasta por siete (07) días hábiles adicionales. De otro lado respecto al comentario del MTC en relación a la facultad de iniciar investigaciones a cargo de la STCCO, corresponde indicar que, la STCCO puede realizar actuaciones, diligencias o inspecciones a efectos de determinar la existencia o no de indicios de la comisión de infracciones antes del inicio de oficio de una investigación preliminar. Sin embargo, pese a haber efectuado dichas actuaciones, el resultado de la investigación preliminar puede derivar en un archivo. En este sentido, al encontrarnos ante conductas de compleja determinación y acreditación, no resulta posible señalar de antemano que una Investigación Preliminar derivará en el inicio de un procedimiento sancionador al concurrir los elementos que a nivel indiciario superen el estándar probatorio para la acreditación de la existencia de un cártel. Bajo tales consideraciones, si bien el inicio de investigaciones a cargo de la STCCO dependerá de la discrecionalidad de dicha autoridad; debe quedar claro que, el ejercicio de tal





facultad se encuentra asociada al análisis probatorio las inspecciones e información recabada de manera previa a la realización de la investigación de oficio para el caso en concreto, por lo cual no corresponde acoger el comentario señalado por el MTC.

Por último, se considera conveniente acoger la sugerencia de Garrigues de incluir, además de la alternativa de consultar sobre la disponibilidad de marcadores, la opción de realizar consultas y/o requerir información en general sobre las reglas, criterios, beneficios y limitaciones aplicables al Programa de Clemencia. Ello, debido a la complejidad que reviste la determinación y acreditación de este tipo de prácticas, así como las características particulares que presenta cada caso y que, por evidentes razones no se encuentre desarrollado a nivel detalle en el presente documento que tiene carácter general y orientativo.

En este sentido, resulta importante otorgar al solicitante un espacio a través del cual sus consultas o dudas puedan ser evaluadas de manera detallada por la autoridad de competencia a efectos de orientar al solicitante respecto de las acciones que debe adoptar y la documentación a presentar a efectos de beneficiarse con la exoneración o reducción de la sanción.

Así, se incorporará un numeral denominado Consultas generales:

“Los agentes económicos podrán realizar consultas sobre las reglas generales del Programa de Clemencia, a fin de que puedan tomar una decisión informada. Así, estas consultas podrán versar sobre el procedimiento a seguir para obtener los beneficios del Programa de Clemencia, así como para recibir orientación y absolver eventuales dudas que pudieran surgir sobre la aplicabilidad del Programa y que deban ser analizadas de manera particular en cada caso en concreto.”

II. Sobre la solicitud de beneficio y asignación de marcadores:

Se tomará en cuenta la sugerencia de América Móvil en relación a dejar abierta la posibilidad de modificar la data proporcionada por el solicitante o ampliar la solicitud, por lo que se incluirá el siguiente texto en el numeral 5.1.3. del proyecto de Guía:

Considerando la posibilidad de que los datos proporcionados en una solicitud de beneficios respondan a información aproximada o inicial con la que cuente el solicitante al momento de su postulación, la eventual modificación de dichos datos no afectará la evaluación que realice la STCCO respecto a la colaboración del solicitante, en la medida que responda a un legítimo cumplimiento de su deber de





colaboración, y no al intento de limitar el acceso de la STCCO a información que obra en su poder.

Así, por ejemplo, será posible que un marcador sea ampliado para abarcar un periodo de la conducta o un área geográfica más extensa, así como un mayor número de copartícipes de la infracción. En este caso, la ampliación de la información proporcionada no afectará la evaluación que realice la STCCO respecto a la colaboración del solicitante.

No obstante, la STCCO no otorgará una ampliación de la solicitud cuando se presente información relacionada a infracciones independientes o vinculada a mercados distintos. En este caso el interesado puede presentar una nueva solicitud de beneficios, que será tramitada por la STCCO según su orden de presentación y el cumplimiento de los requisitos señalados en esta Guía.

III. Sobre el alcance de la solicitud del beneficio

El Proyecto de Guía del Programa de Clemencia del OSIPTEL contempla solamente un sistema de marcadores único, siendo que una solicitud de clemencia individual puede afectar la disponibilidad de marcadores en caso de presentarse –posteriormente– una solicitud de clemencia corporativa y viceversa. Al respecto, el propósito de la autoridad de competencia es incentivar a que, ya sea una persona natural o jurídica, delate lo antes posible la existencia de un cártel a cambio de la exoneración de la sanción.

En tal sentido, la obtención de una exoneración de la sanción debería estar reservada para el primer solicitante, ya sea persona natural o jurídica, y no aplicar dicho beneficio tanto para la primera persona natural que se presente, como para la primera persona jurídica que solicite clemencia. Ello toda vez que la obtención del beneficio dependerá de la oportunidad asociada a la presentación de la solicitud y del valor agregado significativo del material probatorio aportado. En este sentido, el mayor incentivo se encuentra dirigido a aquel solicitante – sin distinción – que es el primero en delatar la existencia del cártel. Así, la reserva de la exoneración de la sanción incentiva a todo participante de un cártel a ser el primero en delatar la existencia de este, y, por lo tanto, no existe justificación para generar un sistema de marcadores paralelos sobre la base de la naturaleza jurídica del solicitante (persona natural o jurídica) sino sobre el material probatorio y la oportunidad de la presentación de su solicitud.

Asimismo, en relación a la sugerencia de detallar expresamente que la solicitud de beneficios presentada por una persona jurídica podrá alcanzar a otras empresas del grupo económico del solicitante, así como a los funcionarios y ex funcionarios del colaborador, estando los beneficios aplicables condicionados al cumplimiento oportuno del deber





de colaboración por parte de cada uno de aquellos a quienes se extienda la solicitud. Se considera tomar en cuenta la sugerencia, y el texto del numeral 5.1.3 que pasó a ser el 5.1.4 dado los cambios previos, quedaría redactado bajo los siguientes términos: *“La Solicitud de Beneficios presentada por una persona jurídica podrá comprender a otras empresas del grupo económico del solicitante, así como a directivos, funcionarios, trabajadores, actuales o anteriores del Solicitante, siempre que se advierta su colaboración en la investigación y tramitación del procedimiento administrativo sancionador y se encuentren debidamente identificados. En este caso, la STCCO podrá requerir al Solicitante agotar los medios para lograr la participación de sus ex funcionarios”*

Por otro lado, respecto a la sugerencia de no establecer una obligación de *“agotar los medios para lograr la participación de sus exfuncionarios”* debido a que dicha obligación es de difícil comprobación, sino cambiarla a *“invitar a los exfuncionarios, de ser el caso, a ser parte de la Solicitud de Beneficios”*. El OSIPTEL considera mantener la frase debido a que lo que se busca es que el solicitante despliegue sus mayores esfuerzos para que los ex funcionarios participen en la solicitud de beneficios. Asimismo, del Proyecto de Guía (5.3.3), se desprende que la no colaboración de los ex funcionarios no deviene necesariamente en un incumplimiento del deber de colaboración. Cada caso deberá ser analizado por la STCCO de manera detallada.

IV. Sobre la comunicación de admisión de solicitud de beneficio y admisión de marcador

Con respecto de la comunicación de admisión de solicitud de beneficio y asignación de marcador (anterior numeral 5.1.4 y actual 5.1.5 de la Guía). América Móvil señala que se debe especificar el plazo en el cual se notificará la admisión de la solicitud.

Al respecto, en concordancia con el Reglamento de Solución de Controversias, los plazos de notificación de la STCCO son de cinco (5) días hábiles adicionales para poder notificar la admisión de la solicitud, por lo que el texto quedaría bajo los siguientes términos:

“5.1.5 Comunicación de admisión de Solicitud de Beneficio y asignación de Marcador

(...)

Si la Solicitud de Beneficio contiene la información general requerida, la STCCO la admitirá en el plazo de cinco (5) días hábiles, y será notificada dentro de los cinco (5) días de admitida, asignando el Marcador que corresponda de acuerdo al orden de prelación”.



		V. Sobre la reunión de coordinación para entrega de evidencia En relación al comentario del MTC, cabe indicar que la Guía sí señala que la falta injustificada del solicitante conllevará al rechazo de la solicitud. No obstante, es posible que el solicitante falte a la reunión, en tanto haya informado oportunamente a la STCCO respecto a la justificación que sustenta la inasistencia. Con respecto a la propuesta planteada por el MTC respecto de que “se considera pertinente agregar la posibilidad de que el beneficiario pueda solicitar a la autoridad, por única vez, la reprogramación de la reunión siempre que exista causa justificada”, cabe descartarla, toda vez que en el proyecto de guía ya se ha previsto la opción de reprogramación en la sección “Reunión de coordinación para entrega de evidencia” contemplada en el numeral 5.1.6. de la Guía modificada. De otro lado, se tomará en cuenta la sugerencia del Estudio Garrigues de que la Guía precise que existe la posibilidad de que el solicitante que no haya asistido a la reunión de coordinación pactada para la entrega de la evidencia pueda presentar una nueva solicitud de beneficio, en cuyo caso se evaluará asignar el Marcador que en dicha oportunidad corresponda.
		Sobre la Presentación de la Evidencia del Cártel
Comentarios recibidos	América Móvil	Sobre el plazo de entrega de evidencia Creemos recomendable que se incorpore al Proyecto la potestad de la STCCO de disponer la suspensión temporal de los plazos para entrega de información. En general, atendiendo a la diversidad de modalidades de prácticas anticompetitivas que pueden implementarse, es difícil diseñar un procedimiento “plantilla” con reglas procesales y plazos rígidos comunes para todos los casos. En esta línea, la experiencia comparada revela que la efectividad de los programas de clemencia depende de cierto grado de flexibilidad procedimental por parte de las autoridades, ello para asegurar el mayor grado de colaboración posible. Del mismo modo, dado que un proceso de revisión, por más profuso y riguroso que sea no siempre va a resultar en una compilación completa de evidencia, sugerimos precisar que, en ejercicio de su deber de colaboración, el solicitante podrá (y deberá) continuar aportando elementos probatorios adicionales, incluso luego de vencidos los plazos previstos para proceder a la calificación de la solicitud. Alternativamente, sugerimos a la STCCO que se aumente el plazo de prórroga por un periodo adicional de cuarenta y cinco (45) días hábiles, por lo menos, para que el solicitante pueda proporcionar la información solicitada.

	MTC	Sobre el plazo de entrega de evidencia La presente propuesta dispone que el plazo de entrega de evidencia puede ser ampliado a discreción de la autoridad por un periodo adicional de treinta (30) días hábiles, siempre que, además, la conducta descrita resulte compleja. Al respecto, se considera pertinente agregar en el proyecto de Guía de Clemencia la posibilidad de que la ampliación del plazo pueda ser a solicitud del beneficiario siempre que exista de por medio causa justificada. Esto último es un auténtico reflejo de la garantía al debido procedimiento del beneficiario conforme el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
	Garrigues	Sobre el plazo de entrega de evidencia Recomendamos precisar que el plazo adicional que la STCCO otorgue no obedezca exclusivamente a un criterio de complejidad de la conducta sino más bien que se incluyan a otros criterios razonables, como lo puede ser dificultad en el acceso que el solicitante pueda tener. Asimismo, si bien será discreción de la STCCO decidir si corresponde o no ampliar el plazo; aquello no obsta que la entidad motive su decisión. Así, debe tenerse presente que conformidad con los artículos 2.20 de la Constitución y el 117.3 del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General ("TUO de la LPAG"), las autoridades competentes se encuentran obligadas a responder por escrito, dentro del plazo legal y bajo responsabilidad las peticiones de los ciudadanos. Al respecto, conforme se sostiene en doctrina, <i>"la motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal"</i>¹⁶.
Posición del OSIPTEL		Sobre el plazo de entrega de evidencia En primer lugar, respecto a la solicitud de América Móvil cabe denegarla, en tanto se estaría solicitando una ampliación por un periodo adicional de cuarenta y cinco (45) días hábiles cuando el plazo regular de cumplimiento es de treinta (30) días hábiles. Cabe indicar, de manera referencial, que la actual guía del INDECOPI prevé los mismos plazos estipulados en nuestro proyecto, esto es treinta (30) días hábiles de plazo regular sujeto a una ampliación por el mismo término, la cual debe ser solicitada con anterioridad al vencimiento del plazo original, conforme al artículo 147.2 del TUO de la LPAG, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

¹⁶ Tomás Ramón Fernández Rodríguez. De la Arbitrariedad de la Administración. 5a ed. Pamplona: Thomson Civitas, 2008.

		Con relación a la sugerencia formulada por el Estudio Garrigues respecto del numeral 5.2.1 del artículo V del Proyecto de Guía “Plazo de entrega de evidencia”, cabe acoger la sugerencia, toda vez que pueden presentarse otras circunstancias diferentes a la complejidad de la conducta que amerite una ampliación del periodo para que el infractor pueda presentar la evidencia específica y detallada que corresponde a la información general del Cártel. No obstante, el solicitante debe justificar las razones que justifiquen su ampliación. Asimismo, cabe acoger el comentario del MTC, en el sentido de que el solicitante también podrá solicitar la ampliación del plazo de manera justificada. En tal sentido, el numeral 5.2.1 del Proyecto de Guía queda redactado de la siguiente manera: “5.2.1 Plazo de entrega de evidencia <i>El Solicitante deberá presentar la evidencia específica y detallada que corresponde a la información general del Cártel declarada en la Solicitud de Beneficio en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, después de la reunión de coordinación para la entrega de la evidencia.</i> <i>Este plazo puede ser ampliado por la STCCO o a petición del Solicitante por un periodo adicional de treinta (30) días hábiles, siempre que la conducta descrita resulte compleja, existan dificultades de acceso a la evidencia por parte del Solicitante o se presenten otras circunstancias que se encuentren debidamente justificadas. La petición de ampliación del plazo para la entrega de la evidencia, deberá ser presentada antes del vencimiento del plazo original conferido. De lo contrario, si la STCCO considera que no corresponde ampliar el plazo y este ha transcurrido sin que el Solicitante cumpla con presentar la evidencia requerida, la Solicitud de Beneficio será rechazada. Este hecho no impide que el Solicitante pueda presentar una nueva Solicitud de Beneficio, en cuyo caso se evaluará asignar el Marcador que en dicha oportunidad corresponda”.</i>
Sobre la Suscripción de Compromiso de otorgamiento de beneficio		
Comentarios recibidos	América Móvil	I. Sobre la invitación a la negociación de la suscripción del compromiso de otorgamiento de beneficio Recomendamos añadir un plazo razonable para que el solicitante pueda manifestar su conformidad o no respecto a las conclusiones y el beneficio aplicable (en el caso del INDECOPI, por ejemplo, es de hasta por un plazo máximo de cinco (5) días hábiles desde el momento en el cual se le comunica al solicitante de las conclusiones de la investigación y el beneficio definitivo). En el caso en que el solicitante decida retirar su solicitud de beneficios, deberá indicarse expresamente que se le devolverá la

		documentación que hubiese aportado en el trámite de su solicitud. II. Sobre el contenido del compromiso de otorgamiento de beneficio Solicitamos se incluya que cualquier demora en la negociación y suscripción del compromiso de otorgamiento del beneficio que no sea imputable al solicitante no podrá ser considerado como un supuesto para retirarle el beneficio o la prioridad ganada a este último. III. Sobre el deber de colaboración Creemos oportuno incluir un texto en el cual se detalle que el ejercicio de los derechos que naturalmente le asistirán al solicitante en el marco del procedimiento sancionador que pueda instaurársele no serán considerados como una afectación a su deber de colaboración, tal como se detalla en el texto a continuación: <i>“Las obligaciones antes señaladas no restringirán el derecho del colaborador a acceder, con carácter reservado, a la asesoría técnica y legal que estime pertinente para cautelar los derechos que puedan asistirle en el trámite de su solicitud de beneficios, a ejercer su derecho de defensa de manera compatible con su deber de colaboración (lo cual incluye pero no se limita a pedir la reducción de la multa en el procedimiento administrativo), o a iniciar procedimientos de exoneración o reducción de sanción ante autoridades de competencia en otras jurisdicciones.”</i> Observamos que la ausencia de un plazo fijo para la subsanación de cualquier presunto incumplimiento del deber de colaboración resulta particularmente delicada. En el contexto de agentes económicos con matrices extranjeras o de solicitudes paralelas en múltiples jurisdicciones, la posibilidad de procesar, coordinar entre diversas personas responsables (en ocasiones mediando más de un idioma de por medio) y adoptar medidas de subsanación, simplemente puede resultar impracticable en un plazo tan estrecho. Por lo demás, no vemos la razón de establecer un plazo tan acotado, particularmente teniendo en consideración que, en el sistema normativo peruano, a falta de acuerdo entre las partes, el plazo de subsanación de incumplimientos no puede ser menor a quince (15) días. En todo caso, sugerimos contemplar la posibilidad de fijar un plazo mínimo de quince (15) días hábiles, dejando así abierta la posibilidad de que, en caso de incumplimientos más difíciles de curar, la STCCO pueda establecer un plazo mayor a efectos de asegurar la colaboración. En ese mismo sentido, solicitamos adecuar el texto que establece que la información requerida deberá ser entregada “sin demora en los plazos y formas que se le indique”. Conforme se ha detallado anteriormente, en algunos casos la
--	--	---





información relevante para este tipo de procedimientos no sólo tiene carácter histórico, sino que se encuentra en servidores ubicados en el extranjero. En tal sentido, debido a la naturaleza de la información que se maneja, es posible que esta obligación pueda ser un disuasivo (debido a su posible incumplimiento) para presentar este tipo de solicitudes. Finalmente, sugerimos retirar la sección en la cual se señala que “(...) si el solicitante incumple con el deber de colaboración y se le deniega la solicitud en cualquier etapa del procedimiento, la STCCO podrá usar la información brindada”. Respetuosamente consideramos que ya es disuasivo suficiente para cumplir con el deber de colaboración el que se retire el beneficio otorgado. Sin embargo, el hecho de que se pueda facultar además a la autoridad a usar la información brindada (incluso cuando se ha retirado el beneficio) genera cierta incertidumbre respecto a si esta figura puede ser empleada como un mecanismo alternativo para usar información sensible proporcionada por el ex solicitante y, a la vez, no otorgar los beneficios a los solicitantes.

IV. Sobre la falta de acuerdo para suscribir el compromiso de otorgamiento de beneficio

Sugerimos explicitar que el rechazo o retiro de una solicitud en la prioridad de los marcadores debería tener por efecto que el solicitante de un marcador inferior en prioridad pase a ocupar automáticamente dicho puesto y, por tanto, pueda potencialmente calificar para un beneficio de exoneración (y/o a una reducción mayor). Una regla de este estilo generaría mayores incentivos de colaboración tanto para los subsecuentes solicitantes, como para el primer solicitante. El texto actual determina la facultad de la STCCO de poder asignar dicha prioridad al siguiente, pero no otorga seguridad respecto a su aplicación (lo cual haría más atractiva la delación).

Por otro lado, solicitamos aclarar que la información proporcionada por el solicitante que desea retirar su solicitud no podrá ser utilizada en contra del solicitante y será tratada como información confidencial. En efecto, el Proyecto señala a continuación que la STCCO es (...) libre de utilizar cualquier evidencia que se haya derivado directa o indirectamente de la información aportada por el solicitante en cualquier investigación respecto a cualquier conducta en la cual los involucrados tengan participación”. Dicho texto es confuso, por lo que sugerimos el siguiente texto:

“La información proporcionada a la STCCO no será utilizada en contra del Solicitante y será tratada como información confidencial. La STCCO es libre de realizar actuaciones de investigación en el mercado que fue objeto de la solicitud rechazada y utilizar toda información recabada de terceros en ejercicio de sus



		<i>facultades de investigación, incluso a través de otros colaboradores.”</i>
	MTC	I. Sobre la falta de acuerdo para suscribir el compromiso de otorgamiento de beneficio Cabe mencionar que resulta ilegal restringir la impugnabilidad de los alcances del Compromiso de Otorgamiento de Beneficio en tanto puede darse el caso que algún otro potencial beneficiario alegue vicios en la asignación del marcador o en alguna otra parte del procedimiento. Restringir la impugnabilidad de las decisiones es un sinónimo de vulneración al debido procedimiento administrativo conforme el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
	Garrigues	I. Sobre la falta de acuerdo para suscribir el compromiso de otorgamiento de beneficio De acuerdo con el numeral 5.3.4 del artículo V del Proyecto de Guía, la suscripción del compromiso de otorgamiento de beneficio se enmarca en la facultad discrecional de la STCCO. No obstante, no se hace referencia al deber de motivación que se encuentra en cabeza de la entidad en caso de rechazar la suscripción del referido compromiso. En consecuencia, atendiendo a los artículos 2.20 de la Constitución y el 117.3 del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, TUO de la LPAG, y a la doctrina antes comentada sobre el deber de motivación de la Administración Pública y en garantía del principio de igualdad, sugerimos modificar el referido numeral a fin de disponer que la STCCO se encuentre obligada a motivar su decisión en caso decida no suscribir el compromiso de otorgamiento de beneficio. Se debe tener en cuenta que es la STCCO la entidad que propone los alcances y términos del Compromiso de Otorgamiento de Beneficio, y el Solicitante tiene el deber de colaborar con la STCCO. Se indica además en el numeral 5.3.3 que el cumplimiento del deber de colaboración “garantiza el otorgamiento del Beneficio Definitivo a favor del Solicitante”. En ese sentido, si la STCCO ha redactado los alcances del Compromiso y el Solicitante ha cumplido con el deber de colaborar, la suscripción del Compromiso no debería ser discrecional en ese momento.
Posición del OSIPTEL		I. Sobre la invitación a la negociación de la suscripción del compromiso de otorgamiento de beneficio Se tomará en cuenta la sugerencia de añadir un plazo de cinco (5) días hábiles desde el momento en el cual se le comunica al solicitante de las conclusiones de la investigación y el beneficio definitivo, para que el solicitante pueda manifestar su conformidad respecto a las conclusiones y el beneficio aplicable.





No obstante, la Guía prevé que en caso el solicitante no esté de acuerdo con el beneficio y retire su solicitud, se devolverá la documentación presentada. Ello, a efectos de proporcionar un espacio al solicitante para evaluar la acción que adoptará en el marco de la instrucción, esto es, la aceptación de las condiciones o el retiro de su solicitud.

En ese sentido, se ha añadido el siguiente texto en la sección 5.3.1 "Invitación a negociación de la suscripción del Compromiso de Otorgamiento de Beneficio", *"Culminada la exposición de la STCCO, el Solicitante podrá manifestar su conformidad con las conclusiones y el beneficio aplicable o, por el contrario, podrá reservarse una decisión hasta por un plazo máximo de cinco (5) días hábiles. En el caso en que el Solicitante decida retirar su Solicitud de beneficios, se le devolverá la documentación que hubiese aportado en el trámite de su Solicitud"*.

II. Sobre el contenido del compromiso de otorgamiento de beneficio

Se incluirá que cualquier demora en la negociación y suscripción del compromiso de otorgamiento del beneficio que no sea imputable al solicitante no será considerado como un supuesto para retirarle el beneficio o la prioridad ganada a este último.

Ello se incluirá en el último párrafo de la sección 5.3.2 Contenido del Compromiso de Otorgamiento de Beneficio: *"Cualquier demora en la negociación y suscripción del compromiso de otorgamiento del beneficio que no sea imputable al solicitante no podrá ser considerado como un supuesto para retirarle el beneficio o la prioridad ganada a este último"*.

III. Sobre el deber de colaboración

Se tomará en cuenta la sugerencia de incluir el siguiente texto en el numeral 5.3.3 del proyecto, que permita al solicitante acceder a asesoría técnica y legal, según el siguiente detalle:

"Las obligaciones impuestas en el marco del deber de colaboración no restringirán el derecho a acceder, con carácter reservado, a la asesoría técnica y legal que estime pertinente para cautelar los derechos que puedan asistirle en el trámite de su solicitud de beneficios, o en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, siempre que el ejercicio de tales derechos sea conforme con lo establecido en la presente Guía y en el Compromiso de exoneración o reducción de sanción. Asimismo, el colaborador cuenta con el derecho de iniciar procedimientos de naturaleza similar ante autoridades de competencia en otras jurisdicciones, informando oportunamente a la STCCO."

En relación a la sugerencia de fijar un plazo mínimo de quince (15) días hábiles para subsanar el deber de colaboración,





cabe señalar que el OSIPTEL ha establecido que la STCCO requerirá la respectiva subsanación sin especificar un plazo para ello, toda vez que este puede variar según las particularidades de cada caso. En ese sentido, no se considera conveniente establecer un plazo de antemano para la subsanación del deber de colaboración toda vez que la STCCO deberá evaluar la naturaleza del requisito incumplido y otorgar un plazo razonable de subsanación en función de las particularidades de cada caso en concreto y de las posibilidades del solicitante.

Finalmente, con relación a la sugerencia de retirar la sección en la cual se señala que “(...) *si el solicitante incumple con el deber de colaboración y se le deniega la solicitud en cualquier etapa del procedimiento, la STCCO podrá usar la información brindada*”, cabe acogerla. En la actual Guía de INDECOPI, específicamente en la sección “6.3. Rechazo de una solicitud de beneficios”, se establece que “*De no ser admitida a trámite una Solicitud de beneficios, **la Secretaría Técnica devolverá íntegramente la documentación proporcionada por el Solicitante y eliminará toda copia que se encuentre en su poder***”. Ello también es contemplado en nuestro proyecto de guía, por lo que a efectos de procurar mayor coherencia el numeral 5.3.4 que dispone que ante falta de acuerdo se devuelva la información y no se utilice en contra el solicitante, se cambiará el numeral 5.3.3. eliminando el último párrafo.

Por otra parte, en cuanto a la sugerencia de adecuar el texto que establece que la información requerida deberá ser entregada “sin demora en los plazos y formas que se le indique”, corresponde acoger dicho cambio. Ello en razón a que el término “sin demora”, es subjetivo, y ya se establece que la información requerida debe ser entregada en los plazos y formas que se le indique. Por ello debería cambiarse la redacción quedando así:

*“El cumplimiento del deber de colaboración implica:
(...) (iv) Entregar la información y documentación solicitada por la STCCO en los plazos y formas que se le indique, de acuerdo a su naturaleza y tomando en cuenta la dificultad o facilidad del acceso a dichas evidencias”.*

IV. Sobre la falta de acuerdo para suscribir el compromiso de otorgamiento de beneficio

Respecto a la sugerencia de América Móvil de “*explicitar que el rechazo o retiro de una solicitud en la prioridad de los marcadores debería tener por efecto que el solicitante de un marcador inferior en prioridad pase a ocupar automáticamente dicho puesto y, por tanto, pueda potencialmente calificar para un beneficio de exoneración (y/o a una reducción mayor)*”, cabe señalar que se procederá a precisar:



“5.3.4 Falta de acuerdo para suscribir el Compromiso de Otorgamiento de Beneficios

*Si el Solicitante no está de acuerdo para la suscripción del Compromiso de Otorgamiento de Beneficios propuesto, corresponde a la STCCO cancelar el Marcador asignado y devolver la documentación remitida por el Solicitante. **El Solicitante con un marcador inferior en prioridad podrá ocupar dicho orden de prelación y, por tanto, podrá asignársele el siguiente marcador.***

De otro lado, en relación a lo comentado por el MTC y el Estudio Garrigues en relación al último párrafo del numeral 5.3.4 de la Guía: “La suscripción del Compromiso de Otorgamiento de Beneficio se enmarca en la facultad discrecional de la STCCO y la determinación de sus alcances no son impugnables.”, cabe señalar lo siguiente.

La eventual suscripción del compromiso de otorgamiento de un beneficio en el marco del Programa se enmarca en una facultad discrecional, pues depende de la valoración que realice la STCCO a la presentación de la información que introduzca un valor agregado significativo a su investigación y contribuya con el inicio de un procedimiento sancionador. En este sentido, el compromiso de otorgamiento de beneficios es propuesto por la STCCO, de acuerdo a la evaluación que corresponda realizar en cada caso particular, ello, sin perjuicio que el solicitante decida aceptar o no la propuesta presentada por la STCCO.

Además, la determinación del beneficio condicional responde a una facultad discrecional sujeta a la evaluación del valor agregado significativo de la información presentada por un solicitante en función de aquella data presentada por un anterior solicitante de beneficios o cualquier otra información obrante en el expediente de investigación de la STCCO.

En ese sentido, la determinación del beneficio propuesto y el alcance del Compromiso de Otorgamiento de Beneficio constituyen aspectos que se encuentran en la facultad discrecional de la STCCO y, en consecuencia, no resultan impugnables; siendo que dicha regla propuesta en la Guía del Programa de Clemencia a cargo del OSIPTEL no constituye, de modo alguno, una vulneración al Principio al Debido Procedimiento.

En efecto, es pertinente señalar que, la existencia del Programa de Clemencia se encuentra asociada a coadyuvar en el **interés general**, lo cual se encuentra materializado en la lucha de las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta –es decir, los cárteles– que afectan la **eficiencia económica del mercado**.



	Siendo ello así, en el Proyecto de Guía del Programa de Clemencia se ha establecido expresamente el carácter inimpugnable de la decisión de la STCCO, debido al carácter discrecional de tal decisión; siendo que, además existe una etapa de negociación entre los solicitantes del beneficio y la STCCO. No obstante ello, corresponde señalar que, si bien existe una facultad discrecional, la STCCO debe motivar la decisión en cuanto a la determinación del beneficio así como sustentar los alcances del Compromiso de Otorgamiento ⁽¹⁷⁾. Sin perjuicio de lo anterior, se considera oportuno precisar que la Resolución que emita el CCP respecto al otorgamiento del beneficio definitivo que le corresponde al agente económico también ostente dicho carácter inimpugnable. Asimismo, en el marco que reprime las conductas anticompetitivas, claramente podemos observar la existencia de determinados actos que <u>ostentan el carácter inimpugnable</u> asociados a la facultad discrecional de la Agencia de Competencia; ello, se justifica en aras de contribuir con un fin superior que recae en la promoción de la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, tal como se detalla a continuación: (i) El numeral 25.5 del artículo 25 del TUO de la LRCA “Artículo 25.- Compromiso de Cese 25.1. <i>Dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, los investigados podrán ofrecer, de manera individual o conjunta, un compromiso de cese referido a la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador a cambio de implementar medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta infractora.</i> (...) 25.5. <i>La Comisión decidirá la aprobación o denegatoria de la propuesta en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles de recibida la propuesta de la Secretaría Técnica, <u>siendo su pronunciamiento inimpugnable</u> debido a su naturaleza eminentemente discrecional (...).</i> [Énfasis y subrayado agregado]
--	---

¹⁷ Al respecto, RODRIGUEZ – ARANA señala lo siguiente:

“La discrecionalidad del acto nunca es absoluta o total, pues siempre habrá algún elemento del acto de naturaleza reglada, procedimental o formal. En estos casos, la motivación habrá de circunscribirse a esa zona de discrecionalidad, de manera que la luz se proyecte sobre las razones internas en cuya virtud la administración ha operado dentro del área de libre disposición del que disfruta en algunos casos con el fin de servir objetivamente el interés general”.
[Énfasis agregado]

Rodriguez-Arana Muñoz, J. (2011). Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), 207-229. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2991>

	(ii) El numeral 8.5 del acápite 8 de los Lineamientos del Programa de Recompensas del INDECOPI ⁽¹⁸⁾ <i>“8. Decisión sobre el otorgamiento de una recompensa</i> <i>(...)</i> 8.5. La decisión de aprobar o denegar el otorgamiento de una recompensa, así como la determinación del monto y forma de pago, son de exclusiva potestad de la Secretaría Técnica en base a criterios de oportunidad, prioridad y relevancia para sus labores de investigación de conductas anticompetitivas. <u>Sus decisiones sobre estos aspectos son inimpugnables</u>. [Énfasis y subrayado agregado] En tal sentido, se considera que la Resolución que emita el CCP respecto al otorgamiento del beneficio definitivo que le corresponde al agente económico constituye un pronunciamiento de carácter inimpugnable. Sin perjuicio de lo expuesto, ello no obsta a que el OSIPTEL emita una decisión que justifique las razones de su decisión y los alcances del compromiso de otorgamiento.
--	--

Sobre el Otorgamiento de beneficio definitivo

		I. Sobre el procedimiento para la aprobación del beneficio definitivo Sugerimos separar las reglas previstas en el Proyecto respecto al proceso “regular” de confirmación del beneficio obtenido bajo el programa de clemencia, de las reglas que pretenden regular cómo se conjuga este beneficio con el mecanismo colaborativo del compromiso de cese. De este modo, el primer grupo de reglas debería quedar redactado de la siguiente manera: <i>“El otorgamiento definitivo del beneficio de exoneración o reducción de sanción por parte de la CCP es automático, una vez obtenido un resultado efectivo en el marco del procedimiento administrativo sancionador, ya sea a través de la emisión de una resolución sancionando a los responsables o de la terminación anticipada del procedimiento, con relación a los demás responsables, por la aprobación de uno o más compromisos de cese.</i> <i>La única excepción al otorgamiento definitivo corresponde al incumplimiento no subsanado del Deber de Colaboración por parte del Colaborador, previo informe de la STCCO en este sentido.</i>
Comentarios recibidos	América Móvil	

¹⁸ Aprobada mediante Resolución N° 037-2019/CLC-INDECOPI publicada el 24 de febrero de 2020 en el Diario Oficial “El Peruano”.



En caso la STCCO no remita un informe acerca de un eventual incumplimiento del Compromiso de exoneración o reducción de sanción por parte del Colaborador, la CCP entenderá que el Colaborador ha cumplido con el Compromiso de exoneración o reducción de sanción y, en particular, con su Deber de colaboración, otorgando de manera definitiva el beneficio correspondiente al Colaborador.

El beneficio otorgado de manera definitiva, sea de exoneración o reducción de sanción, será oponible ante cualquier instancia del OSIPTEL. El otorgamiento definitivo del beneficio, se realizará a través de una resolución independiente y confidencial emitida por la CCP a favor del Colaborador.”

En lo que concierne a la forma cómo se conjuga el beneficio de clemencia obtenido con el mecanismo colaborativo del compromiso de cese, creemos que el Proyecto aún requiere trabajo. Entre los temas que observamos que deberían ser tratados en el Proyecto, podemos mencionar los siguientes:

(i) Debería precisarse que los beneficios obtenidos bajo el Programa de Clemencia no son incompatibles con la posibilidad de celebrar un compromiso de cese que persigue la finalidad adicional de propiciar la terminación anticipada de los procedimientos sancionadores instaurados, liberando los recursos de la autoridad para llevar a cabo otras acciones.

(ii) Sugerimos dejar abierta la posibilidad de poder suscribir un compromiso de cese con un Solicitante que desea mantener su identidad como beneficiario bajo el Programa de Clemencia bajo reserva, como un mecanismo para lograr la conclusión anticipada del procedimiento en caso que las demás partes involucradas también hayan suscritos compromisos de esta naturaleza.

II. Sobre las causas para denegar el beneficio definitivo

Reiteramos nuestra recomendación para que se establezca un plazo de subsanación de incumplimientos al deber de colaboración que no pueda ser menor a quince (15) días hábiles. Asimismo, sugerimos considerar los comentarios realizados en el punto anterior.

III. Sobre la determinación de la existencia de coerción

Al respecto, a efectos de poder brindar mayor seguridad y predictibilidad al beneficio otorgado, recomendamos habilitar al solicitante para que en dicho supuesto (coerción), al ver que su beneficio ya no sería la reducción de la sanción, pueda retirar su solicitud, siendo que la información proporcionada a la STCCO no podrá ser utilizada en contra del solicitante y será tratada como información confidencial, ello, desde luego, sin perjuicio que la STCCO es libre de realizar actuaciones de investigación en el mercado que fue objeto de la solicitud rechazada y utilizar toda información recabada en



		ejercicio de sus facultades de investigación, incluso a través de otros colaboradores. IV. Sobre las medidas correctivas Como hemos señalado anteriormente, consideramos que se debe incluir dentro del beneficio de exoneración de sanción el que tampoco sean exigibles medidas correctivas de restitución al beneficiario, ello en tanto las repercusiones pecuniarias derivadas de una posible medida de restitución podrían afectar los incentivos para acogerse el Programa de Clemencia. Por la misma razón, consideramos que el beneficio de exoneración debería implicar que el OSIPTEL no ejercite las facultades previstas en el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley de Libre Competencia, sin restringir el derecho que podrían tener terceras personas de intentar acciones privadas para resarcir daños.
	Garrigues	I. Sobre el procedimiento para la aprobación del beneficio definitivo No se ha recogido el plazo legal en el que se emitirá la resolución que otorgue el beneficio definitivo; por lo cual, sugerimos precisarlo. Esto guardaría concordancia con el objeto del Proyecto de la Guía, según el cual se pretende que la Guía sea una herramienta predecible sobre el procedimiento que seguirá el OSIPTEL para resolver las solicitudes de exoneración o reducción de sanción que ofrece el Programa de Clemencia.
Posición del OSIPTEL		Sobre el procedimiento para la aprobación del beneficio definitivo Con respecto a la sugerencia en cuanto al plazo en el que se debe emitir la resolución otorgando el beneficio definitivo, cabe precisar que ésta no se acogerá, en tanto su otorgamiento, dependerá del cumplimiento del compromiso en el marco de la tramitación del procedimiento sancionador por prácticas restrictivas de la competencia. En este sentido, el otorgamiento definitivo se encuentra condicionado a la duración del procedimiento, una vez obtenido el resultado efectivo en el marco del procedimiento sancionador a través de la emisión de una resolución final que determine la existencia de una infracción y sancione a los responsables. Sobre la determinación de la existencia de coerción Existen dos etapas diferenciadas para determinar la existencia de la coerción: antes y después de la suscripción del compromiso. Luego de haber suscrito el compromiso el Solicitante ya no podrá retirar su solicitud, y tampoco le será devuelta la documentación que haya sido introducida al expediente en que se tramita el procedimiento administrativo sancionador. Justamente la suscripción del Compromiso de Otorgamiento de Beneficio, implica que el Solicitante tiene el deber de colaborar con la STCCO durante la investigación y/o la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, por lo que tiene que entregar la información solicitada por la STCCO, de conformidad con las obligaciones



		estipuladas en la sección de 5.3.3 “Deber de colaboración” del Proyecto de Guía. En tal sentido, no se acoge el comentario presentado por América Móvil. Finalmente, en cuanto a los comentarios vinculados a la aplicación de las medidas correctivas, nos remitimos a los comentarios expuestos precedentemente, específicamente, en la sección “Sobre Tipos de Clemencia”.
Sobre el Tratamiento de confidencialidad y deber de reserva		
Comentarios recibidos	América Móvil	Por último, debemos recalcar que la reserva de la identidad del Solicitante constituye un deber de la Administración, previsto explícitamente en el texto de la LRCA, en beneficio del Administrado. Por lo mismo, observamos con suma preocupación que en el Proyecto se obligue a que el administrado a que renuncie a esta garantía de carácter legal (respecto de la información), cuando la STCCO encuentre dificultades para replicar la información proporcionada por el primero. Entendemos que la STCCO requiere de evidencias para llevar a cabo sus labores de instrucción, pero éstas no pueden ser obtenidas coactando del Solicitante la renuncia a una garantía de confidencialidad sobre la información brindada por la Ley, y menos aun poniendo en riesgo la seguridad de este último. La mera posibilidad de que la Autoridad pueda efectuar este tipo de condicionamientos, luego de que el Solicitante haya develado una práctica y entregado todos los elementos probatorios a su alcance, introduce un elemento de riesgo significativo que puede desalentar el acogimiento al Programa de Clemencia. Atendiendo a lo explicado, sugerimos la siguiente redacción alternativa del Proyecto: <i>La STCCO realizará esfuerzos razonables para replicar la información y elementos probatorios obtenidos a través del Colaborador. Para ello, llevará a cabo visitas de inspección, requerimientos de información, entrevistas, así como cualquier otra diligencia autorizada por la Ley de Libre Competencia. El expediente de la investigación preliminar o a aquél en el cual se tramita el procedimiento administrativo sancionador únicamente podrá contener la información y los elementos probatorios replicados por la STCCO, salvo que el Colaborador renuncie voluntariamente a la confidencialidad de su identidad como tal y autorice el empleo de información o elementos probatorios contenidos en el Expediente confidencial bajo el cual se tramita su solicitud de exoneración o reducción de sanción.”</i>
	MTC	Al respecto, el presente proyecto ha hecho caso omiso a las consecuencias que puede generar el incumplimiento de reserva por parte de las autoridades administrativas generando así falta de certeza y claridad sobre este asunto. En ese sentido, se propone que la guía establezca que el



		incumplimiento de reserva de la información se sujeta a lo descrito en los artículos 261 al 265 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
	Posición del OSIPTEL	Con relación al tratamiento de la confidencialidad, cabe señalar que se acogerá parcialmente la sugerencia de América Móvil. Así, el texto debería quedar de la siguiente forma, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30° del TUO del Reglamento de Confidencialidad del OSIPTEL y el Reglamento de Solución de Controversias del OSIPTEL: “6.1.2 Deber de reserva (...) <i>Cuando la STCCO, a pesar de sus esfuerzos razonables, no pueda replicar la información proporcionada por el Colaborador a través de otras fuentes, el solicitante deberá renunciar a la confidencialidad de la información que sea indispensable para el inicio del procedimiento sancionador, en tanto la STCCO deberá levantar la confidencialidad de la información que constituya prueba de cargo contra los imputados de acuerdo a la exigencia prevista en el artículo 35.7 de la LRCA. En este caso, la STCCO y el Colaborador podrán coordinar la elaboración de versiones públicas de la documentación, privilegiando en toda circunstancia la finalidad probatoria de la información aportada para la investigación del cártel revelado”.</i> Ciertamente, el lineamiento formulado por el OSIPTEL se encuentra plenamente justificado y resulta razonable en la medida que, si a pesar que la STCCO ha realizado sus mayores esfuerzos para obtener por otras fuentes la información brindada por el Colaborador y no logra acceder a tal información que permita el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) asociado a la comisión de una conducta anticompetitiva -específicamente, el cártel- el Colaborador tendría que renunciar a la confidencialidad de la información; caso contrario, resultaría imposible que la STCCO inicie el PAS y, en su caso, el CCP determine la responsabilidad administrativa de los involucrados y exonere o reduzca la sanción al Colaborador. Además, la propuesta formulada por el OSIPTEL tiene amparo legal, en tanto el numeral 35.7 del artículo 35 del TUO de la LRCA dispone lo siguiente: “Artículo 35.- Información confidencial (...) <i>35.7. La información que constituya prueba de cargo no podrá ser declarada o mantenida como confidencial para los imputados en el procedimiento administrativo sancionador a iniciarse o en curso”.</i>



		Siendo ello así, la información relevante que resulte necesaria para el inicio del PAS no puede ser declarada confidencial; por lo cual, el OSIPTEL ha establecido que, en el marco del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones <u>el Colaborador deberá renunciar a la confidencialidad de la información que sea indispensable para el inicio del PAS.</u> De otro lado, con relación a la sugerencia de establecer en el proyecto de guía de clemencia “las consecuencias que puede generar el incumplimiento de reserva por parte de las autoridades administrativas”, corresponde acogerla parcialmente. Así se debería de agregar un párrafo al final que señale lo siguiente: “El incumplimiento de la obligación de reserva por parte de los funcionarios del OSIPTEL generará en ellos las responsabilidades administrativas previstas en la legislación aplicable”.
		Sobre la Información confidencial y demandas de daños y perjuicios
Comentarios recibidos	América Móvil	Nuevamente, consideramos que la regla prevista en el numeral 6.1.4 del Proyecto de Guía transcrita es adecuada, pero insuficiente. De un lado, observamos que la regla debería ser igualmente aplicable para terceras partes que puedan pretender emplear la información aportada por el solicitante del beneficio para otro tipo de acciones legales, públicas o privadas, distintas a la regulada en el artículo 49 de la LRCA. De otro lado, atendiendo a que en muchas ocasiones las prácticas develadas pueden tener incidencia multinacional, conllevando riesgos de acciones a ser entabladas en otras jurisdicciones, una regla como la propuesta debería abarcar igualmente a terceras personas extranjeras, públicas o privadas. En atención a lo expuesto, alternativamente, la regla en referencia podría plasmarse de la siguiente manera: <i>“Bajo ningún supuesto la STCCO y la CCP trasladarán a otras entidades de la Administración Pública o a otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, los documentos, correos, archivos físicos o electrónicos, declaraciones, entrevistas, y, en general, cualquier información o elemento probatorio que hayan sido aportado por el beneficiario de una exoneración o reducción de sanción, para que sea utilizada en una eventual demanda de reparación de daños y perjuicios a favor de consumidores finales, según lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley de Libre Competencia, o para otros tipos de acciones legales de naturaleza pública o privada”.</i>
Posición del OSIPTEL		Sin perjuicio de los comentarios asociados a las acciones judiciales vinculadas a procesos de indemnización por daños y perjuicios iniciados por terceros afectados e inclusive por el propio OSIPTEL, es claro que, en determinados escenarios la



		formación de cárteles tendrá no solo un impacto negativo a nivel local, sino que podrían tener una incidencia a nivel internacional. Siendo ello así, el numeral 6.1.3 del Proyecto de Guía de Programa de Clemencia del OSIPTEL establece lo siguiente: <i>“6.1.3 Colaboración con otras autoridades de competencia</i> <i>El Colaborador deberá indicar en qué otros países ha presentado una solicitud de beneficios en relación con el Cártel revelado. Sin perjuicio de ello, solo mediante autorización previa y por escrito del Colaborador, la STCCO y el CCP podrán compartir con autoridades de competencia en otras jurisdicciones los elementos de prueba que el Colaborador haya proporcionado y que no hayan sido trasladados al expediente en el cual se tramita el procedimiento administrativo sancionador.</i> <i>La posibilidad de compartir la información entre autoridades de competencia tendrá el único fin de coadyuvar y coordinar acciones de investigación. El Colaborador podrá negarse a firmar dicha autorización, sin que su negativa pueda ser considerada como una falta a su deber de colaboración”.</i> En ese sentido, a través del lineamiento formulado por el OSIPTEL se garantiza que el Colaborador debe autorizar a la STCCO y el CCP a efectos que puedan compartir la información proporcionada con otras Autoridades de Competencia. Finalmente, corresponde indicar que aquella información que ostente el carácter confidencial no podrá ser materia de entrega a favor de otras autoridades y/o terceros; pues caso contrario, se desalentaría la eficacia del Programa de Clemencia.
Otros comentarios		
Comentarios recibidos	Garrigues	Se recomienda incluir que la exoneración o reducción de la sanción elimina o limita la aplicación de responsabilidad penal de los imputados, tomando en consideración la norma recientemente aprobada por el Congreso y pendiente de publicación, en la cual se sancionará como delito la participación en prácticas colusorias como cárteles. De lo contrario, se desincentiva radicalmente la participación de los agentes económicos en programas de clemencia.

Posición del OSIPTEL

Sobre el particular, compartimos lo sostenido por el INDECOPI¹⁹ en el sentido de que, en todos los casos, la inclusión de sanciones penales tiene como finalidad fortalecer la capacidad disuasiva de las autoridades de competencia en función de proteger la libre competencia.

Así, este efecto disuasivo de las sanciones penales para las conductas anticompetitivas se sustenta en la afectación directa a la libertad de las personas a diferencia de las sanciones administrativas a personas naturales, cuyo efecto puede verse limitado por los beneficios obtenidos o porque las multas pueden ser financiadas o asumidas por las empresas con las cuales cooperan. En cambio, los efectos jurídicos de las sanciones penales –es decir, la privación de la libertad– tienen incidencia directa y de forma personalísima en el sujeto sentenciado, de manera que no es posible evitar el impacto de la pena a través del financiamiento de un tercero.

Es por ello que, considerando la inherente legalidad de los cárteles, distintos ordenamientos han incorporado sanciones penales para este tipo de conductas; lo cual, ha ocurrido en el caso peruano, en tanto el 29 de agosto de 2020 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, la Ley N° 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración”, en cuyo artículo 1 dispone lo siguiente:

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

Incorpórense 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”.

No obstante, el sistema penal debe establecer 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.

¹⁹ Mayor detalle en el Informe N° 027-2019/ST-CLC-INDECOPI del 20 de marzo de 2019, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/en/informes-para-el-congreso-de-la-republica> (Fecha de consulta: 18.08.2018)

	Bajo tales consideraciones, compartimos lo sostenido por el INDECOPI, en tanto es recomendable evaluar la posibilidad en sede penal de una escala de beneficios a los colaboradores que hayan solicitado una reducción de sanción en sede administrativa; ello, a efectos de salvaguardar la eficacia del Programa de Clemencia aplicado por las Autoridades de Competencia. En ese sentido, no corresponde acoger la recomendación formulada por GARRIGUES en estos lineamientos de carácter administrativo en tanto corresponde que dicha recomendación sea materia de evaluación y, de ser el caso, su incorporación se materialice en un instrumento legal que reprima la conformación y efectos de cárteles en sede penal.
--	---

