

<b>A</b>	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA <b>GERENTE GENERAL</b>
<b>ASUNTO</b>	:	ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO DEL PROYECTO DE GUÍA DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN TELECOMUNICACIONES
<b>FECHA</b>	:	26 de febrero de 2020



	Cargo	Nombre
<b>LABORADO POR</b>	<b>Especialista Económico</b>	Eduardo Salazar Silva
	<b>Secretario Técnico Adjunto del Tribunal de Solución de Controversias</b>	Danny Alcarraz Serna
	<b>Analista de Competencia</b>	Laura Iriarte Reyes
<b>REVISADO POR</b>	<b>Secretaria Técnica de los Órganos Colegiados (e)</b>	Ady Gabriela Lau Deza
	<b>Subgerente de Evaluación y Políticas de Competencia</b>	Claudia Barriga Choy
<b>PROBADO POR</b>	<b>Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)</b>	Claudia Barriga Choy



CONTENIDO

I. OBJETO.....	3
II. DECLARACIÓN DE CALIDAD REGULATORIA .....	3
III. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA.....	4
3.1. Programas de Clemencia a nivel internacional.....	4
3.2. Experiencia nacional en programas de clemencia .....	7
3.3. Planteamiento del problema.....	10
IV. OBJETIVOS Y BASE LEGAL DE LA INTERVENCIÓN .....	16
4.1. Objetivo de la intervención .....	16
4.2. Base legal para la intervención .....	17
V. ANÁLISIS DE ALTERNATIVAS DISPONIBLES.....	18
1. Descripción de las alternativas disponibles .....	18
2. Análisis de alternativas .....	25
2.1. Factibilidad legal de cada propuesta regulatoria.....	25
2.2. Análisis Costo-Beneficio .....	28
2.2.1. Alternativa 1: Status Quo - No implementar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones .....	28
2.2.2. Alternativa 2: Aprobar una Guía del Programa de Clemencia en telecomunicaciones.....	29
3. Propuesta de solución.....	31
VI. APLICACIÓN DE LA SOLUCIÓN SELECCIONADA .....	32
1. Alcances y contenido del programa de clemencia en el mercado de telecomunicaciones .....	32
II. DIFUSIÓN DE LA NORMATIVA.....	42
III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN.....	43
VII. ANEXO.....	45



**I. OBJETO**

El presente informe tiene por objeto evaluar la necesidad de establecer una herramienta que complemente el Programa de Clemencia y permita incentivar a los agentes económicos del sector telecomunicaciones a delatar la existencia de las prácticas anticompetitivas más dañinas (cárteles o prácticas colusorias de prohibición absoluta) que puedan producirse en los mercados que supervisa el OSIPTEL, a cambio del otorgamiento de beneficios de exoneración y reducción de las sanciones que de otro modo podrían resultar aplicables.

**II. DECLARACIÓN DE CALIDAD REGULATORIA**

En aplicación de lo dispuesto por la Resolución de Consejo Directivo N° 069-2018-CD/OSIPTEL, se declara que el Proyecto de Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones y el informe que lo sustenta cumplen con los Lineamientos de Calidad Regulatoria.

Debe señalar que, los diferentes cuerpos normativos que han existido en materia de libre competencia a partir del Decreto Legislativo N° 807, han contemplado esquemas de incentivos a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de prácticas anticompetitivas. Sin embargo, fue a partir de los Decretos Legislativos N° 1034 (en adelante, la Ley de Competencia) y N° 1205 que el programa de clemencia tuvo mayor aplicación, debido a que estos le dieron mayor claridad y predictibilidad. En efecto, el Decreto Legislativo N° 1205 se focalizó directamente en la implementación efectiva del programa de clemencia como principal herramienta para combatir las prácticas colusorias, para lo cual especificó requisitos, beneficios, tratamiento, procedimientos y plazos. Asimismo, en estos cuerpos normativos se prevé que la Comisión podría emitir lineamientos para la mejor aplicación del artículo en el que se contempla el Programa de Clemencia.

Por lo tanto, se advierte que el Programa de Clemencia es una herramienta prevista por ley, mientras que el presente Proyecto de Guía del Programa de Clemencia es una herramienta adicional y opcional que busca darle claridad y predictibilidad al programa para su aplicación en el mercado de telecomunicaciones, que no genera mayores obligaciones o carga administrativa que las ya existentes.

En ese sentido, en el marco de la Resolución N° 069-2018-CD/OSIPTEL que aprobó los lineamientos de Calidad Regulatoria del OSIPTEL a fin de fortalecer la buena gobernanza y mejora continua de la política regulatoria en el ejercicio de su función normativa y de regulación de precios, es oportuno realizar un análisis de alternativas aplicando las reglas contenidas en el “Manual de la Declaración de Calidad Regulatoria” y en el “Manual de Técnica Normativa”.

Las alternativas que se analizan son las de implementar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones o mantener el *status quo* (no implementar la Guía), respecto de las cuales se contrasta ventajas y desventajas partiendo de que la propuesta normativa precisa instrucciones que actualmente se encuentran vigentes, y no genera mayores obligaciones a las ya previstas.



### III. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

Los acuerdos colusorios horizontales son las prácticas más lesivas contra la libre competencia, y su detección ha sido el principal problema para las autoridades de competencia a lo largo del tiempo. Ello debido a que los participantes no tienen incentivos para delatar la existencia de los cárteles en los que participan debido a que perderían los beneficios extraordinarios que perciben gracias a ellos y a las represalias que podrían percibir. Además que, para desarticularlos, las autoridades de competencia necesitan contar con pruebas suficientes que sustenten la existencia de los acuerdos.

En ese sentido, una de las herramientas que las autoridades de competencia han utilizado para detectar este tipo de acuerdos son los programas de clemencia, que permiten a los agentes económicos delatar el cártel en el que participan a cambio de la obtención de beneficios como la exoneración o la reducción de la sanción que de otro modo les serían aplicables. Sin embargo, los programas de clemencia deben contar con niveles elevados de predictibilidad y transparencia para que los agentes económicos decidan acogerse a ellos, siendo preciso que las agencias de competencia hagan lo posible para que ello sea así.

En Perú, existe un Programa de Clemencia aprobado por Ley, sin embargo no fue hasta que el Indecopi implementó una Guía que le dio predictibilidad y transparencia para su aplicación en todos los sectores económicos, a excepción del sector telecomunicaciones, que los agentes económicos se acogieron al programa con más frecuencia, y la capacidad de desarticulación de cárteles del Indecopi aumentó.<sup>1</sup>

Por su parte, para el sector telecomunicaciones, que tiene características que facilitan la formación de cárteles, aunque se puede aplicar el Programa de Clemencia aprobado por ley, se advierte que este no cuenta con la predictibilidad y transparencia necesarios para incentivar a las empresas operadoras a acogerse a él. Así, el OSIPTEL, en virtud de su función de agencia de competencia en el sector telecomunicaciones, debería llevar a cabo las acciones necesarias que incrementen su capacidad de detección de cárteles, como por ejemplo, a través del fortalecimiento del Programa de Clemencia.

#### 3.1. Programas de Clemencia a nivel internacional<sup>2</sup>

En diferentes publicaciones, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD, por sus siglas en inglés) recomienda asegurar que la adopción de leyes de competencia efectivamente detengan y disuadan los cárteles de núcleo duro (*hard core cartels*), entendidos como los acuerdos, prácticas concertadas o arreglos entre competidores que tienen como finalidad desarrollar conductas consistentes en: (i) fijación

<sup>1</sup> El INDECOPI aprobó una Guía del Programa de Clemencia mediante Resolución Nº 059-2017/CLC-INDECOPI, la misma que viene siendo aplicada desde agosto de 2017.

<sup>2</sup> Esta Guía está disponible en el siguiente link:

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3761587/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia.pdf/0ad49ba-167d-f9f3-e878-b21c326b31ff>

- Para mayores detalles acerca de programas de clemencia a nivel internacional, ver Anexo.

de precios; (ii) licitaciones colusorias; (iii) establecimientos de restricción de producción o cuotas; y, (iv) reparto de mercado por asignación<sup>3</sup>.

Estas prácticas resultan altamente dañinas para la competencia y, en muchos casos, las legislaciones establecen que su evaluación se encuentra sujeta a una prohibición de carácter absoluto (regla *per se*), de modo que, para determinar su existencia e imponer la sanción que resulta aplicable únicamente basta con acreditar la comisión de la conducta, sin ser exigible la acreditación de sus efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Pese al reconocimiento legal respecto a su prohibición, es necesario tener en cuenta que la dificultad para combatir los cárteles es la clandestinidad o el secreto mantenido por sus integrantes para evitar que la autoridad descubra la existencia de la conducta anticompetitiva y a menudo vienen acompañados de medidas para ocultar y prevenir cualquier posibilidad de detección<sup>4</sup>. Por ello, se afirma que el reto que tienen las autoridades de libre competencia frente a este tipo de prácticas anticompetitivas es romper el “código de silencio”<sup>5</sup> entre los integrantes de un cártel, a fin de descubrir la existencia de estas conductas.

Una de las más importantes novedades en materia de políticas de competencia para combatir los cárteles, es la introducción de los programas de clemencia o programas de relación compensada<sup>6</sup>. Estos programas permiten obtener la exoneración o reducción de multas a los agentes que integran cárteles si brindan información sobre la existencia de cárteles. Se implementó inicialmente en los Estados Unidos en 1978 y, posteriormente, fue fortalecida en 1993 con la finalidad de hacerla más atractiva y brindar mayores incentivos para permitir que los agentes cooperen con la autoridad de competencia en la detección de cárteles<sup>7</sup>. Posteriormente, la Unión Europea y diversos países fueron adoptando la misma herramienta como parte de sus políticas de competencia.

Los programas de clemencia permiten descubrir acuerdos o prácticas anticompetitivas que de otro modo serían indetectables dado su carácter secreto y la dificultad que la autoridad puede tener para descubrir sus alcances. En ese sentido, su implementación permite que la investigación que lleva a cabo la autoridad sea mucho más eficiente y efectiva, teniendo en consideración los elementos que aportan los agentes que esperan obtener la exoneración o reducción de la multa que les resultaría aplicable.

<sup>3</sup> OECD, *Recommendation of the OECD Council concerning effective action against hard core cartels*, 1998.

<sup>4</sup> OECD, *Challenges and co-ordination of leniency programmes*, 2018.

<sup>5</sup> OECD, *Using leniency to fight hard core cartels*, 2001.

<sup>6</sup> CHEN, Zhijun y Patrick REY, *On the Design of Leniency Programs*, 2013.

<sup>7</sup> En agosto de 1993, se revisó el Programa de Clemencia corporativo de los Estados Unidos para hacerlo más accesible y atractivo para que las empresas puedan acogerse y cooperar con la autoridad de competencia. Las principales modificaciones fueron las siguientes: (i) la exoneración automática al solicitante si no existe investigación previa; (ii) la exoneración puede alcanzarse si el solicitante coopera después de iniciarse la investigación; y, (iii) todos los ejecutivos, directores y empleados que cooperen pueden recibir protección contra el inicio de procesos penales en su contra. (HAMMOND, Scott, *An Update of the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program*, 2005)



Asimismo, estos programas disuaden la formación de nuevos cárteles, debido a que generan incentivos a que los participantes se alejen de los acuerdos y delaten la existencia de estos. Esto afecta la estabilidad en el tiempo de potenciales cárteles, característica que es necesaria para que estos generen la rentabilidad que buscan. Así, los programas de clemencia no solo buscan detectar cárteles existentes sino que además tienen la potencialidad de disuadir la formación de otros nuevos debido a que reduce las expectativas de rentabilidad de los participantes.

Finalmente, los programas de clemencia en última instancia promueven la eficiencia, ya que al detectar cárteles y disuadir la formación de otros nuevos, atacan las conductas más lesivas a la competencia, generando entornos más competitivos en los mercados. Al respecto, son precisamente estos entornos de dinámica competitiva los que elevan la eficiencia de las empresas, pues estas no sólo buscarán ofrecer servicios con precios competitivos sino con niveles de calidad más elevados, para lo cual requerirán de innovación, investigación y desarrollo, entre otros, a fin de competir en un entorno que romueve la libre competencia.

En ese sentido, se debe destacar que los programas de clemencia pueden ayudar a luchar contra las principales prácticas anticompetitivas y la experiencia comparada demuestra que su implementación en los mercados es efectiva<sup>8</sup>. La implementación del programa de clemencia permitió desbaratar cárteles en diferentes mercados de los Estados Unidos y de otros países, en los que el número de solicitudes de clemencia fue incrementándose, a tal punto que algunos afirmaron que podría estar produciéndose una revolución en materia de política de competencia y represión de conductas anticompetitivas (*leniency revolution*)<sup>9</sup>. Del mismo modo, luego de estudiar el impacto de los programas de clemencia en los últimos 25 años, se ha reconocido que los programas de clemencia se han convertido en armas masivas de desestabilización, descubrimiento y disuasión en manos de las autoridades de competencia contra las formas más dañinas de colusión entre competidores<sup>10</sup>.

Tanto el programa de clemencia de los Estados Unidos como el de la Unión Europea demuestran el éxito de su implementación. En el primer caso, se resalta que un 90% del total de las investigaciones abiertas por la existencia de cárteles tuvo su origen en el programa de clemencia. En el segundo caso, se ha sostenido que a pesar de que el inicio de procedimientos de investigación por cárteles por iniciativa de la propia autoridad es importante, la mayoría de los casos iniciados provienen de la aplicación del programa de clemencia<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> OECD, *Using leniency to fight hard core cartels*, 2001.

<sup>9</sup> SPAGNOLO, Giancarlo, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, en: BUCCIOROSI, Paolo, *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, p. 259

<sup>10</sup> BORRELL, Joan-Ramon y otros. *25 Years of Leniency Programs: A Turning Point in Cartel Prosecution*, CPI ANTITRUST CHRONICLE, Enero de 2019, p. 12.

<sup>11</sup> OECD, *Use of marker in leniency programmes*, 2014.



### 3.2. Experiencia nacional en programas de clemencia

En Perú, el programa de clemencia ha sido contemplado en casi todos los cuerpos normativos que han normado la defensa de la libre competencia, siendo que se ha ido perfeccionando con cada norma que modificaba la anterior, toda vez que se buscaba darle mayor claridad y predictibilidad a fin de fortalecer la capacidad de detección de las conductas anticompetitivas más lesivas, es decir, los cárteles.

Originalmente, el **Decreto Legislativo Nº 701** no contenía disposiciones que faciliten la detección de prácticas anticompetitivas por medio de la implementación de programas de clemencia. Posteriormente, mediante **Decreto Legislativo 807**<sup>12</sup> se agregó un párrafo al artículo 20 del Decreto Legislativo Nº 701 a fin de incorporar un esquema de compromiso de exoneración de responsabilidad, en los siguientes términos:

“Artículo 20  
(...)

*Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, cualquier persona podrá, dentro de un procedimiento abierto por infracción a la presente ley, solicitar a la Secretaría Técnica que se le **exonere de la responsabilidad** que le corresponda a cambio de **aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal**. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento. El **compromiso de exoneración de responsabilidad** será suscrito por el interesado y el Secretario Técnico y podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitiera. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de toda información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de toda responsabilidad en la práctica llevada a cabo, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos.”*

(Énfasis añadido)

Como se puede advertir, si bien el Decreto Legislativo Nº 701 no contemplaba un esquema que permitiera a las empresas acogerse a un programa de clemencia, mediante el Decreto Legislativo Nº 807 se reconoció la posibilidad de solicitar la exoneración de responsabilidad por incurrir en prácticas anticompetitivas, a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar su existencia. El Decreto Legislativo Nº 807 se sustentó en la experiencia obtenida desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nº 701 (3 años), y tenía el propósito de adecuar el marco normativo a las nuevas coyunturas y exigencias que podían permitir crear un marco institucional adecuado para el funcionamiento de la economía social de mercado.

El sustento de la propuesta de exoneración de responsabilidad obedecía a las dificultades que se presentaban en la investigación de las prácticas anticompetitivas, con la finalidad de reducir los costos y las dificultades propias de la investigación que requiere desarrollar una agencia de competencia para conseguir pruebas de la existencia de prácticas anticompetitivas. El objetivo último era evidentemente garantizar la defensa efectiva de la libre competencia<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Publicado el 18 de abril de 1996.

<sup>13</sup> Exposición de Motivos del Decreto Legislativo Nº 807, p. 13.



El diseño de este sistema de exoneración de responsabilidad ciertamente encerraba objetivos similares a los de un típico programa de clemencia; sin embargo, la falta de precisión sobre sus alcances y la inexistencia de lineamientos que doten su evaluación con elementos predecibles pudieron hacer poco atractivo su empleo por los agentes económicos<sup>14</sup>. Un elemento necesario en la implementación de programas de clemencia es su transparencia y predictibilidad, pues su inexistencia no incentiva a los agentes económicos a brindar información a la autoridad sobre la participación de conductas anticompetitivas.

Posteriormente, en el año 2008 entró en vigencia una nueva norma en materia de libre competencia, el **Decreto Legislativo N° 1034**, Ley de Competencia, cuya aprobación se sustentó, de acuerdo con lo expuesto en los considerandos de dicha norma, en la existencia de deficiencias y vacíos en el Decreto Legislativo N° 701, justificándose una reforma integral del marco normativo para evaluar la existencia de prácticas anticompetitivas<sup>15</sup>. Adicionalmente, la Exposición de Motivos explica que su aprobación también obedece a las nuevas necesidades surgidas con relación a la ampliación de los mercados por la suscripción del acuerdo de promoción comercial entre Perú y Estados Unidos y otros de similar naturaleza que fueron suscritos posteriormente.

La diferencia del Decreto Legislativo N° 701, la Ley de Competencia reguló el denominado programa de clemencia desde su entrada en vigencia. Si bien se reconoció que este esquema de regulación por incentivos se encontraba previsto en el Decreto Legislativo N° 701 desde 1996, la propuesta de la Ley de Competencia era evidentemente clarificarlo y perfeccionarlo.

El texto que aborda la parte sustancial del denominado programa de clemencia se encuentra previsto en el artículo 26 de la Ley de Competencia en los siguientes términos:

**Artículo 26.- Exoneración de sanción.-**

26.1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento.

26.2. El compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el interesado y la Secretaría Técnica y contendrá la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado, lo exonera de sanción respecto de la conducta llevada a cabo, no pudiendo la Comisión, ni ninguna otra autoridad administrativa o jurisdiccional, seguirle o iniciarle procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos.

26.3. Si son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado pruebas de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración. Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información es distinta a la

A nivel de diagnóstico, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1034 señala lo siguiente: "La falta de incentivos adecuados se hace evidente también con relación a la exoneración de responsabilidad. Dicha institución no está funcionando como en otros ordenamientos, pues nunca ha sido aplicado en el Perú. Las deficiencias en su regulación parecen desincentivar su uso por parte de los administrados" (p. 7).

<sup>15</sup> Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1034.



que posee la autoridad de competencia, ya sea por propias investigaciones o por la solicitud de exoneración presentada con anterioridad. La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa.

26.4. La aprobación de exoneración de sanción no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

De la revisión del texto se advierte que, a diferencia de la regulación inicial contenida en el Decreto Legislativo Nº 701, en la Ley de Competencia se precisa que los alcances del programa de clemencia están referidos a la exoneración y reducción de la sanción, más que a la responsabilidad administrativa por la existencia de infracción. Esta diferencia, que parece sutil, ciertamente es relevante, en tanto bajo el esquema anterior era posible aportar pruebas a cambio de evitar que la autoridad declarare la responsabilidad de los hechos infractores. En cambio, con la introducción de las modificaciones, la responsabilidad del solicitante se mantiene, aunque la sanción impuesta no le resulte oponible o aplicable<sup>16</sup>.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia se reconoce que la inexistencia de evidencias de culpabilidades en el caso peruano obedecería a: (i) la indeterminación de todos los aspectos del programa de clemencia, que no es otra cosa que la falta de claridad y predictibilidad sobre sus alcances; y, (ii) una inadecuada difusión de sus alcances. Frente a ello, la Ley de Competencia pretendía otorgar incentivos suficientes a los integrantes de un cártel con la finalidad de que opten por confesar y revelar la existencia del acuerdo, antes de ser sancionados por su participación, asumiendo que la existencia de un sistema eficaz de clemencia puede generar incluso desincentivos en la formación de cárteles.

Por otro lado, cabe señalar que en el Decreto Legislativo Nº 701 se contemplaba sanciones penales si la Comisión estimaba que en las infracciones cometidas el responsable actuó dolosamente. Ello en virtud de los artículos 232 y 241.3 del Código Penal, que establecían que las conductas anticompetitivas de abuso de posición de dominio y de acuerdos colusorios eran pasibles de ser sancionadas penalmente. Sin embargo, la Ley de Competencia derogó el Decreto Legislativo Nº 701 y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias, además de los mencionados artículos del Código Penal. Por lo tanto, actualmente las conductas anticompetitivas no pueden ser sancionadas penalmente.

Asimismo, es preciso mencionar que la Ley de Competencia contempla sanciones de multas a los infractores, no sólo como personas jurídicas, sino también a sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración de estas, siendo que la multa en estos casos puede alcanzar hasta las cien (100) UIT, según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Finalmente, pese a los cambios introducidos al programa de clemencia contemplado en la Ley de Competencia, se consideró que resultaba necesario fortalecer esta herramienta a través de una revisión integral de sus alcances. Por ello, en el año 2015 se aprobó el **Decreto Legislativo Nº 1205**, que introdujo considerables mejoras en la regulación del programa de clemencia, incluyendo mayores precisiones sobre sus alcances, requisitos, beneficios, tratamiento, procedimiento e incluso plazos.

<sup>16</sup> La Guía del Programa de Clemencia del INDECOPI emplea el término oponible para referirse al beneficio que se materializa de la solicitud de exoneración o reducción de sanción.



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

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

Por otro lado, es preciso mencionar que, en virtud de lo señalado en el literal e) de la Ley de Competencia, el INDECOPI implementó, además, los Programas de Cumplimiento en materia de libre competencia, aplicables a los agentes económicos con el fin de evitar la omisión de conductas anticompetitivas.

*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 las cuales, entre otras, podrán consistir en:

(...)

e) El desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia.

Estos programas son herramientas de autorregulación que tienen por finalidad crear una cultura organizacional de cumplimiento de las normas de libre competencia, a fin de que los agentes económicos, por su propia iniciativa, adopten una política de cumplimiento de la normativa de libre competencia y que sea difundida e interiorizada por todos sus trabajadores, y así evitar la comisión de infracciones en esta materia.

**3. Planteamiento del problema**

**- Características de la industria de telecomunicaciones que facilitan la existencia de acuerdos colusorios**

Tanto a nivel de casuística como a nivel teórico se reconoce que existen determinadas características de los mercados que propician la existencia de acuerdos colusorios entre empresas. En el caso particular de los mercados de telecomunicaciones, muchas de estas características están presentes, elevando la probabilidad de su ocurrencia.

En ese sentido, puede afirmarse que las características de los mercados de telecomunicaciones en el Perú no solo posibilitan la existencia de acuerdos colusorios, sino que incluso pueden facilitar que los participantes de tales acuerdos supervisen su efectivo cumplimiento.



**Ilustración 1: ¿Por qué una guía del programa de clemencia en telecomunicaciones?**


Elaboración: STCCO

En el respecto, es importante tener en cuenta que para el análisis de las conductas colusorias se suelen considerar tanto **factores estructurales de mercado**, que facilitan la colusión, como **factores conductuales o indicios**, que básicamente reflejan los síntomas de una colusión, y que deben ser evaluados en las investigaciones referidas a estas prácticas.

En relación a los **factores estructurales de mercado**, estos se deben evaluar en la medida que favorecen o dificultan la formación de cárteles (a partir de estos se generan incentivos para concertar y se facilita la supervisión de los acuerdos). Entre estas condiciones o factores, comúnmente desarrollados en doctrina y jurisprudencia *antitrust*, tenemos por ejemplo: la concentración de la oferta, homogeneidad de los productos, simetría en costes entre empresas y/o en las tasas de utilización de la capacidad, falta de transparencia en la observación de las transacciones de las empresas competidoras (o falta de información), estabilidad de la demanda, elasticidad de la demanda, innovación, vínculos estructurales entre empresas, contactos multimercado, las asociaciones empresariales, la falta de competencia actual, las barreras a la entrada y competencia potencial<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> MOTTA, Massimo, *Competition Policy. Theory and Practice*, 2014, pp. 142-149.



Cabe señalar que en el mercado de las telecomunicaciones, uno de los factores estructurales más característicos, es la presencia de barreras a la entrada, que hacen referencia a aquellos costos en los que deben incurrir los entrantes a un mercado, pero no las empresas que ya operan en este.<sup>18</sup> Uno de los principales ejemplos de barrera a la entrada es la presencia de economías de escala, que implican que empresas grandes cuenten con menores costos medios que empresas pequeñas debido a los elevados costos fijos y hundidos en los que las primeras han tenido que incurrir, razón por la cual en algunos casos, dependiendo de la demanda que requiera ser satisfecha, es más eficiente que exista una única empresa operando. En efecto, esta barrera a la entrada está presente en mercados como el de las telecomunicaciones, particularmente en la prestación de servicios fijos como la telefonía fija o el internet fijo, que requieren de una inversión importante para el despliegue de redes, y en donde la duplicidad de inversiones no siempre es eficiente.

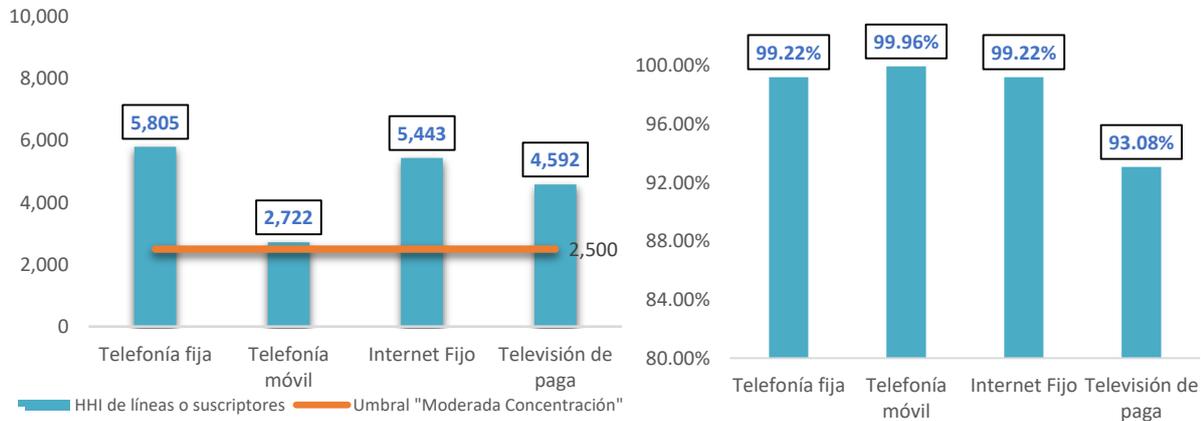
Asimismo, otro de los factores que se pueden analizar en el mercado, es la presencia de una alta concentración, un aspecto que caracteriza naturalmente a los mercados de telecomunicaciones. Ello debido a la presencia de barreras a la entrada como las economías de escala y elevados costos hundidos. Los servicios fijos requieren del despliegue de infraestructura de red con elevados costos y que se caracteriza por tener economías de escala y de ámbito pues la misma red puede utilizarse para brindar más de un servicio. Los servicios móviles, por su parte, requieren contar con espectro radioeléctrico para poder operar. Dado que el espectro es un recurso escaso, este no puede ser asignado a un número ilimitado de operadores. Es esto lo que genera pocos operadores y, por tanto, elevados niveles de concentración.

Por ejemplo, si se analizan los cuatro principales mercados de telecomunicaciones (telefonía fija, telefonía móvil, internet fijo y televisión de paga) se podrá observar que existe un elevado nivel de concentración. Si se observa el Índice Herfindahl Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés), de acuerdo a lo que establece la práctica nacional e internacional, se podrá notar que los cuatro principales mercados de telecomunicaciones se encuentran **altamente concentrados**, ya que presentan un **HHI superior a 2500**, valor a partir del cual se considera que el mercado tiene esta característica.

Asimismo, el Índice C4 permite advertir que la concentración del mercado en el que actúan los cuatro mayores operadores de telecomunicaciones supera el 90%, y en la mayoría de los casos incluso supera el 99%. Ambos instrumentos permiten considerar que los mercados de telecomunicaciones se encuentran altamente concentrados, lo cual a su vez facilita la ocurrencia de acuerdos colusorios.

<sup>18</sup> STIGLER, George J. The Organization of Industry, 1968. Chapter 6: Barriers to Entry, Economies of Scale, and Firm Size. Chicago University Press, Chicago.

**Gráfico N° 1: Índices de concentración en los mercados más importantes de telecomunicaciones a setiembre de 2019**



Fuente: Empresas operadoras. Elaboración: OSIPTEL

Por otro lado, el hecho de que empresas competidoras pertenezcan a asociaciones empresariales es considerado un factor estructural que facilita la formación de colusiones. Este factor puede facilitar la coordinación entre empresas, toda vez que las asociaciones crean entornos propicios que podrían facilitar los acuerdos anticompetitivos o el intercambio de información relevante.

Debe indicarse que el intercambio de información relevante entre empresas competidoras por medio de una asociación puede producir dos tipos de problemas para la competencia en los mercados. Por un lado, puede facilitar el acuerdo o concertación de prácticas entre competidores asociados y, de otro lado, puede aumentar la transparencia del mercado a tal punto que, aun sin una coordinación entre los competidores, la incertidumbre disminuye y el proceso de toma de decisiones independientes de los agentes económicos se ve afectado, deteriorando el nivel de competencia<sup>19</sup>.

En el caso de los mercados de telecomunicaciones, muchas de las empresas operadoras son miembros de las mismas asociaciones civiles – cuyo objeto se encuentra vinculado directa o indirectamente a los distintos mercados de telecomunicaciones en los que participan – o incluso han formado alianzas estratégicas conjuntas a efectos de abordar distintos temas de interés, relacionados con su participación en los mercados de telecomunicaciones<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Al respecto, consultar:

PERÚ. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. Agosto de 2019. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/3752033/Gu%C3%ADa+de+Asociaciones+Gremiales+y+Libre+Competencia/>

CHILE. Fiscalía Nacional Económica. Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. Material de Promoción N°2. Agosto 2011. Disponible en: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia\\_-asociaciones\\_-gremiales.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf).

<sup>20</sup> Al respecto, algunas de los escenarios de contacto pueden ser los siguientes:

- (i) Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional –AFIN.
- (ii) Asociación Peruana de Televisión por Cable (APTC).
- (iii) Asociación Interamericana de Telecomunicaciones (ASINET).



Otro factor que podría facilitar el surgimiento de acuerdos colusorios está relacionado con el **nivel de transparencia de las transacciones de las empresas competidoras**, que se refiere a la posibilidad de que los competidores puedan observar fácilmente si se está cumpliendo con eventuales acuerdos adoptados en el marco de una colusión, como los precios o las características del producto o servicio ofertados.

La transparencia se genera por la existencia de una obligación de publicar las tarifas (establecidas y promocionales) en el Sistema de Información y Registro de Tarifas (SIRT) que administra el OSIPTEL. Con esta herramienta, cualquier agente económico se encuentra en posibilidad de observar todas las tarifas que los operadores lanzan al mercado, incluso antes que entren en comercialización, considerando la obligación que tienen de reportar todas sus tarifas al menos un día antes de entrar en vigencia<sup>21</sup>. En ese sentido, no es necesario que las empresas que pretendan coludirse diseñen un mecanismo particular para vigilar el cumplimiento de los posibles acuerdos en relación a tarifas o condiciones del servicio, por lo cual el costo de supervisar un acuerdo colusorio de este tipo en los mercados de telecomunicaciones es muy bajo<sup>22</sup>.

En cuanto a las **barreras a la entrada y competencia potencial**, se conoce que la provisión de servicios de telecomunicaciones requiere de importantes inversiones en infraestructura, las cuales generan cierto nivel de dificultad para la entrada. Asimismo, en el caso de los servicios móviles, la provisión de estos servicios requiere del uso del espectro radioeléctrico, que es un recurso natural escaso, y que no es de libre disponibilidad, sino que es asignado por el Estado, normalmente a través de un proceso de subasta en el que las empresas concesionarias de servicios móviles pagan importantes montos de dinero por el derecho al uso del espectro.

Como se aprecia, existen un conjunto de factores estructurales que demuestran que existe una elevada posibilidad de acuerdos colusorios en los mercados de servicios de telecomunicaciones en el Perú. Asimismo, existen estudios que concluyen que la industria de telecomunicaciones, de acuerdo a factores estructurales, es una de las que presenta mayor probabilidad de ocurrencia de un cártel<sup>23</sup>. En un escenario de este tipo, contar con una herramienta como el programa de clemencia, podría permitir reducir el impacto de mantener acuerdos colusorios, en claro perjuicio del proceso competitivo y de la eficiencia económica que debería beneficiar a los consumidores.

En cuanto al nivel de datos, un reciente estudio de INDECOPI, sobre el ahorro potencial de los consumidores por la desarticulación de cártel del papel higiénico en el marco de un

- (iv) NAP Perú.
- (v) Alianza contra la Piratería de Televisión Paga (ALIANZA).

Conforme a lo establecido en el artículo 11 del Reglamento General de Tarifas aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 60-2000-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

Cabe señalar que el SIRT es importante para que los usuarios tomen decisiones con la mayor información disponible respecto de las ofertas de los operadores, permitiendo reducir la importante asimetría de información que se presenta entre empresas operadoras y usuarios. Además, debe tenerse en cuenta que en muchos países se usan herramientas similares con la finalidad de disminuir la asimetría de la información que afecta a los consumidores.

<sup>23</sup> Ver: GROUT P. y S. SONDEREGGER. "Predicting cartels", *OFT Economic Discussion Paper*, March 2005.

procedimiento de clemencia<sup>24</sup>, estima que el ahorro nacional total de la desarticulación del cártel de papel higiénico, desde el año 2015 en adelante, asciende aproximadamente a S/ 1 144 millones (mil ciento cuarenta y cuatro millones de soles). Este mismo estudio señala que, a partir de la detección de los cárteles, los consumidores se ven directamente beneficiados por la eliminación del sobreprecio impuesto por el cártel o por otras condiciones no competitivas, considerando que, según diversos estudios, el sobreprecio de un cártel se encuentra alrededor del 20%.

La información estimada por el INDECOPI contribuye a afirmar que la implementación del programa de clemencia en el sector de telecomunicaciones es evidentemente más ventajosa que no contar con este instrumento. Más que la represión directa a través de una sanción, se debe valorar el ahorro que se podría obtener para los consumidores si se logra desarticular el cártel bajo el programa de clemencia.

**- Piedras angulares de un sistema de clemencia**

a OECD considera que una de las razones del éxito de los programas de clemencia se debe al incremento de las sanciones. Frente al riesgo de ser descubierto y enfrentar posibles procesos penales contra los ejecutivos de las empresas (en algunos países) y multas para las empresas, los incentivos para delatar la existencia de cárteles resultan sustanciales<sup>25</sup>.

sin embargo, la exitosa implementación de programas de clemencia y su impacto en la detección de acuerdos colusorios no solo se sostiene en la existencia de un régimen de sanciones severas por la comisión de prácticas anticompetitivas, sino también en la concurrencia de un importante riesgo de detección del cártel y en su aplicación transparente y predecible<sup>26</sup>.

El riesgo de detección se puede generar a partir de la intensidad de las acciones de supervisión o monitoreo que realiza la autoridad de competencia con la finalidad de evaluar conductas que se advierten en el mercado, que podrían constituir prácticas anticompetitivas. La inexistencia de un riesgo de esta naturaleza no contribuiría a incentivar a los agentes a revelar la información sobre cárteles o sobre otras prácticas colusorias, al considerar que su detección por parte de la autoridad no es probable.

En esa misma línea, resulta necesario dotar de transparencia y predictibilidad a las solicitudes de exoneración o reducción. Si con un programa de clemencia se pretende incentivar a empresas a revelar información sobre la existencia de cárteles, que supone exponer la actuación anticompetitiva de los agentes ante la autoridad, el tratamiento que se puede dispensar a las solicitudes debe encontrarse alineado a ese propósito. Por ello, se justifica el dictado de lineamientos o de guías de clemencia que precisen los alcances del

Ver: INDECOPI (2018). "Ahorro potencial de los consumidores por la desarticulación de cártel del papel higiénico en el marco del Programa de Clemencia". Documento de trabajo N°03-2018/GEE. Disponible en: [https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/2748605/20181018\\_Documento+de+Trabajo\\_PH\\_dise%C3%B1ado-0pZSg34a.pdf/4d29da28-f25e-320e-517c-47570bf6cdc0](https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/2748605/20181018_Documento+de+Trabajo_PH_dise%C3%B1ado-0pZSg34a.pdf/4d29da28-f25e-320e-517c-47570bf6cdc0)

OECD, *Using leniency to fight hard core cartels*, 2001.

Hammond, *An Update of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program*, 2005.



tratamiento que recibirán las solicitudes de otorgamiento de exoneración o reducción de sanción, tal como han hecho diversas legislaciones en el mundo.

Por lo tanto, se ha identificado que el problema en este caso es la reducida capacidad de detección de cárteles en el mercado de las telecomunicaciones, derivado del bajo nivel de predictibilidad y transparencia del Programa de Clemencia contemplado en la Ley de Competencia. Este problema se advierte de suma importancia debido al alto riesgo de formación de cárteles en el mencionado mercado, y a que estas conductas son las más lesivas a la libre competencia, siendo que su existencia en los mercados genera impactos negativos sobre el beneficio de los usuarios, debido a elevados precios, reducida calidad de los servicios, entre otros.

#### IV. OBJETIVOS Y BASE LEGAL DE LA INTERVENCIÓN

##### 4.1. Objetivo de la intervención

El objetivo general de la intervención es emitir una propuesta de Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones que de predictibilidad y transparencia al programa contemplado en la Ley de Competencia, a fin de incrementar la capacidad de detección de osibles prácticas colusorias en el mercado de telecomunicaciones, teniendo en cuenta las aracterísticas especiales del sector, sobre la base de distintas experiencias en esta ateria, tanto a nivel nacional como internacional.

Los objetivos específicos son:

- (i) Especificar los beneficios que la Ley de Competencia contempla otorgar a los solicitantes y colaboradores que aporten información para desarticular la existencia de cárteles que puedan afectar el mercado de telecomunicaciones, según la oportunidad en que se realiza la solicitud
- (ii) Elaborar el procedimiento de asignación de marcadores a los solicitantes.
- (iii) Establecer las obligaciones que deben cumplir tanto los solicitantes para acceder al beneficio correspondiente, como la autoridad para otorgar el beneficio.
- (iv) Establecer la extensión del otorgamiento de beneficios, pues la exoneración y/o reducción de la sanción podría aplicar no sólo a personas jurídicas sino también a personas naturales que hayan participado del cártel.
- (v) Determinar las conductas anticompetitivas que se encuentran contempladas en el programa de clemencia.
- (vi) Definir el ejercicio de coerción sobre integrantes del cártel, hecho que de demostrarse podría conllevar a que se deniegue el otorgamiento del beneficio de exoneración de la sanción.
- (vii) Dar predictibilidad al proceso de otorgamiento de beneficios estableciendo qué instancias intervienen en la determinación de dicho compromiso, así como en qué casos estos beneficios podrían ser denegados.

- (viii) Definir el régimen de confidencialidad aplicable al programa de clemencia, a fin de dar predictibilidad al proceso e incentivar a los agentes económicos a acogerse al programa de ser el caso.

**4.2. Base legal para la intervención**

En el Perú existen dos agencias de competencia: el INDECOPI y el OSIPTEL. El INDECOPI tiene una actuación que comprende la represión de conductas anticompetitivas en todos los mercados, excepto en el de telecomunicaciones, en el que esta atribución es desarrollada por el OSIPTEL.

A nivel orgánico, la labor de agencia de competencia en el INDECOPI es ejercida en primera instancia administrativa por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y en segunda instancia por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia y sus respectivas Secretarías Técnicas Adjuntas. Similar labor es desarrollada por el OSIPTEL en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, mediante los Cuerpos Colegiados Permanentes (en adelante, CCP)<sup>27</sup> en primera instancia y su respectiva Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados Ordinarios (en adelante, STCCO) y el Tribunal de Solución de Controversias en segunda instancia y su respectiva Secretaría Técnica Adjunta,

la vigente Ley de Competencia atribuye al OSIPTEL la facultad de aplicar los alcances referidos a la represión de las conductas anticompetitivas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

*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 Nº 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.*

*PRIMERA.- Competencia primaria.-*

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

Las disposiciones previstas en la Ley de Competencia, o aquellas que las modifiquen, resultan aplicables por las instancias competentes del OSIPTEL encargadas de reprimir las conductas anticompetitivas en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones. Por tanto, las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo Nº 1205, respecto a la implementación del programa de clemencia como herramienta para detectar la existencia de prácticas colusorias, resultan igualmente aplicables por el OSIPTEL en el mercado de telecomunicaciones.

Cabe destacar que el OSIPTEL puede contar hasta con dos Cuerpos Colegiados Permanentes para resolver controversias en materia de libre competencia y competencia desleal. A la fecha se ha nombrado un CCP. El resto de materias son evaluadas por Cuerpos Colegiados Ad Hoc.



La Ley de Competencia, en su artículo 26, regula el programa de clemencia, con la finalidad de otorgar incentivos suficientes a los integrantes de un cártel para que opten por confesar y revelar la existencia del acuerdo antes de ser sancionados por su participación.

En el marco de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo Nº 1205, se reconoció la posibilidad de dictar lineamientos que establezcan plazos, reglas y condiciones o restricciones particulares para la mejor implementación del programa de clemencia. Atendiendo esta facultad, mediante Resolución Nº 059-2017/CLC-INDECOPI, el INDECOPI aprobó una Guía del Programa de Clemencia, que viene siendo aplicada desde agosto de 2017<sup>28</sup>; sin embargo, los alcances de este documento no comprenden las prácticas colusorias que puedan producirse en el mercado de telecomunicaciones.

En este contexto, dada la condición que ostenta el OSIPTEL como agencia de competencia en el mercado de telecomunicaciones, resulta necesario implementar un régimen similar que permita dotar de predictibilidad a sus actores, en caso decidan cogerse al programa de clemencia. Precisamente para ello, conforme a la Ley de Competencia, el OSIPTEL se encuentra en posibilidad de dictar lineamientos o guías que puedan establecer plazos, reglas y condiciones particulares que permitan una implementación adecuada del programa de clemencia en el mercado de telecomunicaciones.

Este propósito se justifica debido a que la implementación de un sistema de clemencia puede contribuir en la ejecución de acciones dirigidas a incrementar la capacidad de detección de posibles prácticas colusorias en el mercado de telecomunicaciones, teniendo en cuenta las características especiales del sector, sobre la base de distintas experiencias en esta materia, tanto a nivel nacional como internacional.

Es necesario señalar que la propuesta de aprobar una guía del programa de clemencia aplicable para el mercado de telecomunicaciones también se encuentra alineada a recomendaciones específicas formuladas por organismos multilaterales. En efecto, recientemente se ha publicado un documento de estudio de la política de competencia en el Perú, con la contribución de la OECD y el BID, en el que se recomienda al OSIPTEL probar un programa de clemencia para el adecuado ejercicio de sus competencias como agencia de competencia en el mercado de telecomunicaciones. El referido documento indica que las últimas reformas legislativas han permitido que el programa de clemencia tome un impulso después de un periodo de inoperancia, por lo que resulta necesario que se adopten medidas que afiancen esos progresos<sup>29</sup>.

**ANÁLISIS DE ALTERNATIVAS DISPONIBLES**

**1. Descripción de las alternativas disponibles**

El Programa de Clemencia se encuentra previsto en la Ley de Competencia, sin embargo, para el caso del sector telecomunicaciones, no todos los plazos y definiciones necesarios

<sup>28</sup> La Guía del Programa de Clemencia aprobada por el INDECOPI fue publicada en El Peruano el 31 de agosto de 2017.

<sup>29</sup> OCDE, *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú*, 2018.



para dar predictibilidad al proceso están contemplados en dicho cuerpo normativo. Esto hace necesario evaluar la opción de implementar o no unas directrices o lineamientos que complementen al programa de clemencia para su aplicación en el mercado de telecomunicaciones.

A continuación se realiza un análisis de alternativas considerando la opción de mantener el *status quo* y la opción de aprobar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, a fin de contrastar las ventajas y desventajas de dichas opciones.

### Alternativa 1: *Status Quo* - No implementar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones

Esta alternativa implica que el programa de clemencia no sea complementado con directrices que incluyan plazos y definiciones no contempladas en la Ley de Competencia para su aplicación en el mercado de telecomunicaciones. Así, esta alternativa haría que el programa de clemencia en telecomunicaciones se mantenga como hasta ahora, con un bajo nivel de predictibilidad y transparencia hacia los administrados; lo cual implica que no sea una opción por parte de éstos, y en consecuencia no se logre incrementar la capacidad de detección de cárteles existentes que afecten el mercado de telecomunicaciones ni se desincentive la formación de otros nuevos, siendo que más bien se incrementaría la necesidad de supervisión por parte de la agencia de competencia.

### Alternativa 2: Aprobar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones

Esta alternativa implica establecer unos lineamientos que desarrollen el procedimiento para la aplicación del programa de clemencia previsto en la Ley de Competencia en el sector de telecomunicaciones, con la finalidad de dar predictibilidad a los agentes económicos que decidan acceder a él, e incentivarlos, de ser el caso, a hacerlo. Así, con un programa de clemencia más predecible y transparente se busca incrementar las probabilidades de detectar cárteles existentes que puedan afectar el mercado de telecomunicaciones y además desincentivar la formación de otros nuevos.

En esta Guía se especifica los beneficios que la Ley de Competencia contempla otorgar a los solicitantes que aporten información para desarticular la existencia de cárteles, según oportunidad en que se realice la solicitud, además del procedimiento que se seguirá para la asignación de marcadores a los solicitantes, y las obligaciones que estos deben cumplir para recibir dichos beneficios.

Además, esta Guía da predictibilidad a los agentes económicos a través de la especificación de las instancias del OSIPTEL que participarán durante la aplicación del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, la determinación de la obligación del compromiso de otorgamiento de beneficios por parte de la autoridad, así como la especificación de los casos en los cuales dichos beneficios podrían denegarse. Al respecto, esta Guía además define términos como el **ejercicio de coerción** sobre integrantes del cártel, hecho que de demostrarse podría conllevar a que se deniegue el otorgamiento del beneficio de exoneración de la sanción.



Cabe señalar que en esta Guía también se determina qué conductas anticompetitivas se encuentran contempladas en el programa de clemencia, las mismas que en este caso serán únicamente las colusiones horizontales.

Finalmente, como parte de la predictibilidad que se pretende dar al programa de clemencia, esta Guía define también el régimen de confidencialidad aplicable al Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, a fin de que los solicitantes tengan la seguridad de que la información aportada será resguardada y utilizada únicamente cuando se le otorguen los beneficios solicitados.



**Cuadro N° 1: Diferencias entre las Alternativas**

ITEM	DIFERENCIAS ENTRE LAS ALTERNATIVAS	
	Alternativa 1: <i>Status Quo</i>	Alternativa 2: Aprobar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones
Sobre la oportunidad para presentar una Solicitud de Beneficio	<ul style="list-style-type: none"> <li>Los potenciales solicitantes no conocen el plazo con el que contarían para presentar su solicitud de reducción de la sanción, luego de iniciado el procedimiento administrativo sancionador de la conducta en la que participan.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Se establece que el plazo con el que cuentan los potenciales solicitantes para presentar su solicitud de reducción de la sanción luego de iniciado el procedimiento administrativo sancionador de la conducta en la que participan, es de 15 días hábiles posteriores al inicio del PAS.</li> </ul>
Contenido de la Solicitud de beneficios y asignación de marcadores, así como de la Comunicación de Admisión de la misma	<ul style="list-style-type: none"> <li>No se precisa el contenido de la "información general" que los solicitantes deben incluir en su solicitud de beneficio.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>La Solicitud de Beneficio debe contener la información general sobre el Cártel. Dicha información general debe comprender lo siguiente:               <ol style="list-style-type: none"> <li>Identificación del Solicitante y del Agente Económico al que representa, de ser el caso. Cuando se trate de personas jurídicas, para la presentación de la Solicitud se deberá adjuntar la documentación que acredite facultades de representación suficientes.</li> <li>Descripción del Cártel.</li> <li>Indicación de Agentes Económicos y otras personas vinculadas al Cártel.</li> <li>Indicación del periodo de duración del Cártel.</li> <li>Descripción del Mercado Involucrado y/o del Mercado Afectado (señalando los productos o servicios involucrados).</li> <li>Indicación de la extensión geográfica del Mercado Afectado por el Cártel.</li> </ol> </li> <li>En el Anexo I de la Guía se detalla un modelo de Solicitud de Beneficio.</li> <li>Se especifica que la Solicitud de Beneficios presentada por una persona jurídica podrá comprender 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.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>No se precisa el contenido de la comunicación que la STCCO debe remitir cuando admite la solicitud de beneficio y asigna un marcador.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>La comunicación que remita la STCCO debe contener como mínimo la siguiente información:               <ol style="list-style-type: none"> <li>Admisión a trámite de la Solicitud de Beneficio.</li> <li>Marcador asignado.</li> <li>Listado de los Agentes Económicos y otras personas naturales o jurídicas involucradas en el Cártel.</li> <li>Tipo de conducta anticompetitiva.</li> </ol> </li> </ul>

OSIPTEL S. CUJENTES  
OSIPTEL GAL  
OSIPTEL S.T.  
OSIPTEL G. LAU  
OSIPTEL G.P.R.C.  
OSIPTEL C. QUIRO  
OSIPTEL R. ALANIA  
OSIPTEL GPRC C. BARRIGA  
OSIPTEL GPRC R. CASTILLO

OSIPTEL R. MUENTE



		<ul style="list-style-type: none"> <li>(v) Periodo de duración del Cártel.</li> <li>(vi) Área geográfica afectada.</li> <li>(vii) Detalle de las obligaciones que deberá cumplir en tanto se evalúa el inicio de la negociación y posterior suscripción del Compromiso de Otorgamiento de Beneficio.</li> <li>(viii) Indicación del plazo para presentar la evidencia de la existencia del Cártel (30 días hábiles después de realizada la reunión de coordinación).</li> </ul> <p>El Marcador no garantiza la suscripción del Compromiso de Otorgamiento de Beneficio.</p>
<p><b>Sobre el Valor Agregado Significativo</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No se define a qué se hace referencia con Valor Agregado Significativo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se establece que 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.</li> </ul>
<p><b>Sobre la presentación de la evidencia del cártel</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No se especifica el plazo en el que la STCCO deberá convocar a la reunión de coordinación para la entrega de evidencia del cártel.</li> <li>• No se detalla un modelo de carta de entrega de evidencia del cártel.</li> <li>• No se especifica si el solicitante puede presentar una nueva solicitud de beneficio luego de que en su primera solicitud no cumpliera con remitir la evidencia del cártel en el plazo establecido.</li> <li>• Los potenciales solicitantes no conocen el plazo con el que cuenta la STCCO para realizar investigaciones que le permitan contrastar la evidencia presentada por ellos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se establece que en la misma comunicación de admisión se convocará a una reunión de coordinación para la entrega de la evidencia del cártel, la cual deberá llevarse a cabo dentro de los 10 días hábiles siguientes a la admisión de la Solicitud.</li> <li>• En el Anexo II de la Guía se detalla un modelo de carta de entrega de evidencia del cártel.</li> <li>• Se especifica que el solicitante puede presentar una nueva solicitud de beneficio luego de que en su primera solicitud no cumpliera con remitir la evidencia del cártel en el plazo establecido.</li> <li>• Se establece que el plazo con el que cuenta la STCCO para realizar investigaciones que le permitan contrastar la evidencia presentada por el solicitante, es de máximo 90 días hábiles a partir de la entrega definitiva de dicha información, plazo que se puede prorrogar cuando la complejidad de las acciones de investigación lo ameriten.</li> </ul>
<p><b>Sobre la Negociación y Suscripción de Compromiso de Otorgamiento de beneficio</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Después de constatar que la evidencia aportada es suficiente para iniciar un PAS o tiene un Valor Agregado Significativo, no se especifica el plazo en el que la STCCO convocará al Solicitante a una reunión de negociación para la suscripción de un Compromiso de Otorgamiento de Beneficio.</li> <li>• No se detalla qué debe contener como mínimo el Compromiso de Otorgamiento de Beneficios.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se establece que, una vez que la STCCO constate que la evidencia aportada es suficiente para iniciar un PAS o tiene un Valor Agregado Significativo, convocará al Solicitante a una reunión de negociación para la suscripción de un Compromiso de Otorgamiento de Beneficio en un plazo no mayor de 15 días hábiles.</li> <li>• Se detalla que el Compromiso de Otorgamiento de Beneficios debe contener como mínimo la siguiente información:             <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) Identificación de quienes participan en representación de la STCCO y en representación del Colaborador.</li> <li>(ii) La determinación del Beneficio Definitivo (exoneración o reducción de sanción que correspondería otorgar al Solicitante. En caso se trate del beneficio d.</li> </ul> </li> </ul>



		<p>reducción, deberá indicarse el orden de prelación y el beneficio efectivo que resultaría aplicable.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(iii) La infracción o conducta anticompetitiva respecto de la cual aplicaría el Beneficio Definitivo.</li> <li>(iv) Los alcances del deber de colaboración a cargo del Colaborador.</li> <li>(v) Los alcances del deber de reserva a cargo de la STCCO.</li> <li>(vi) La indicación de los Beneficiarios.</li> </ul>
<p><b>Sobre el deber de colaboración del solicitante</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No se detalla qué implica el deber de colaboración del Solicitante</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El cumplimiento del deber de colaboración implica: <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) No divulgar la presentación de la solicitud de beneficios, salvo indicación distinta de la STCCO.</li> <li>(ii) Poner fin a su participación en el Cártel, salvo indicación distinta de la STCCO.</li> <li>(iii) Permitir y colaborar durante la investigación en las diligencias, entre las que se incluyen comparecencias, visitas de inspección y notificaciones.</li> <li>(iv) Entregar sin demora la información y documentación solicitada por la STCCO en los plazos y formas que se le indique.</li> <li>(v) Realizar los mayores esfuerzos para asegurar la cooperación de personas que puedan aportar evidencia (ejecutivos, trabajadores, asesores, entre otros, actuales o anteriores).</li> <li>(vi) Atender requerimientos de la STCCO.</li> <li>(vii) Abstenerse de cualquier falsificación, pérdida o destrucción de información probatoria que evidencia la existencia de la infracción.</li> <li>(viii) Abstenerse de advertir a los demás Agentes Económicos que participaron en el Cártel sobre la investigación en trámite.</li> <li>(ix) Mantener el carácter confidencial de la información y documentación entregada a la STCCO.</li> </ul> </li> </ul>
<p><b>Sobre la falta de acuerdo para suscribir el Compromiso de Otorgamiento de Beneficios</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No se especifica qué pasa con la información o evidencia presentada por el Solicitante cuando este incumple con el deber de colaboración y se le deniega la Solicitud de Beneficio.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se establece 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.</li> </ul>
<p><b>Sobre el Otorgamiento del Beneficio Definitivo</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No se especifica qué pasa con la documentación remitida por el Solicitante cuando no existe acuerdo para la suscripción del Compromiso de Otorgamiento de Beneficios</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No se especifica en qué momento se otorgará el Beneficio Definitivo</li> </ul>





		<p>marco del PAS, previa recomendación de la STCCO. El otorgamiento del Beneficio Definitivo se efectuará mediante la emisión de una resolución, que será comunicada al Solicitante.</p>
<b>Sobre la existencia de coerción</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>No se especifica a qué se hace referencia con ejercicio de coerción</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Se determina que ha existido coerción por parte de un agente económico cuando se realicen acciones que impliquen violencia física o amenaza de ella, o cuando exista evidencia de represalias económicas, o la amenaza de ellas, las cuales podrían causar una afectación significativa o la salida del mercado de un agente económico que, en principio, se haya negado a participar en el cártel.</li> </ul>
<b>Reglas sobre confidencialidad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>No se detalla las reglas de confidencialidad de la información o evidencia remitida por el Solicitante, ni de la reserva de la identidad del colaborador.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Se detalla el tratamiento de confidencialidad y el deber de reserva.</li> <li>La STCCO y del CCP tienen la obligación de mantener en reserva la identidad del Colaborador, así como la reserva de los documentos contenidos en el expediente confidencial en que se tramita la solicitud de beneficios. El deber de reserva no alcanza a la información contenida en el expediente en que se tramita el PAS, como tampoco a aquella información hecha pública por el propio beneficiario.</li> <li>Cuando la STCCO no pueda replicar la información proporcionada por el Colaborador, este deberá renunciar a la confidencialidad de la información que sea indispensable para el inicio del PAS, por constituir pruebas de cargo en contra de los demás involucrados en la infracción.</li> <li>La información aportada por el beneficiario que se encuentre en el expediente confidencial como consecuencia de una solicitud de beneficios no será trasladada para que sea utilizada en contra del beneficiario en una eventual demanda de indemnización por daños y perjuicios.</li> </ul>



## 5.2. Análisis de alternativas

### 5.2.1. Factibilidad legal de cada propuesta regulatoria

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

Así, como se ha explicado previamente, la aprobación de una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones completaría el sistema de clemencia en nuestro país, en la medida que tanto el INDECOPI como el OSIPTEL contarían con documentos que informen a los agentes económicos los alcances detallados y el procedimiento que se debe seguir en caso pretendan revelar información sobre la existencia de prácticas anticompetitivas que califican como cártel, a cambio de obtener el beneficio de exoneración o reducción de posibles sanciones de multa.

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

En ese sentido, se observa que ambas alternativas: mantener el *status quo* y aprobar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, son legalmente igualmente factibles, no obstante es preciso analizar las ventajas y desventajas de cada una, las cuales se describen a continuación:

**Cuadro N° 2: Ventajas y Desventajas de las Alternativas**

ALTERNATIVA	COMPONENTE	VENTAJAS	DESVENTAJAS
ALTERNATIVA 1: STATUS QUO	No implementar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones	Es posible aplicar el Programa de Clemencia en Telecomunicaciones sin una guía. Sin embargo, es poco probable que algún agente económico se acoja a él, debido a su falta de predictibilidad y transparencia.	<p>No se garantiza que los agentes económicos se vean incentivados a acogerse al programa de clemencia, debido a la falta de predictibilidad del mismo.</p> <p>Si bien el programa de clemencia está previsto en la Ley de Competencia, esta no contempla todos los plazos aplicables al proceso, ni la definición de términos contemplados en él, para su aplicación en el sector de telecomunicaciones</p> <p>Alta probabilidad de formación de cárteles, poca probabilidad de desactivación, y potencial severa afectación a la dinámica competitiva y bienestar de los usuarios</p> <p>Incrementa la labor supervisora de la</p>

			agencia de competencia.
      	<b>Sobre la oportunidad para presentar una Solicitud de Beneficio</b>	<p>Al conocer el plazo con el que el Solicitante cuenta para presentar su solicitud de beneficios una vez iniciado el PAS en contra de la conducta en la que participa, se da predictibilidad al proceso y es más probable que los agentes económicos se vean incentivados a acogerse al Programa de Clemencia en Telecomunicaciones (de ser el caso), y aportar pruebas de la existencia del cártel facilitando así su detección por parte de la autoridad.</p>	<p>Se requiere determinar el plazo que se considera máximo para que los potenciales solicitantes presenten información una vez iniciado el PAS en contra de la conducta en la que participan. Podría definirse un plazo no adecuado, muy reducido o muy extenso, que posteriormente deba cambiarse. No obstante, es preciso dar predictibilidad a los solicitantes definiendo plazos claros.</p>
	<b>Contenido de la Solicitud de beneficios y asignación de marcadores, así como de la Comunicación de Admisión de la misma</b>	<p>Los solicitantes sabrán qué información enviar en su solicitud de beneficios. Así se evitará rechazar solicitudes por falta de la información mínima requerida para admitirlas, y la duplicidad de trabajo por parte del solicitante y del OSIPTEL.</p>	<p>Se requiere determinar el contenido de la solicitud de beneficios y asignación de marcadores, y de la comunicación de admisión de la misma. Conforme se aplique el Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, es posible que se advierta que el contenido mínimo necesario debe variar. En una circunstancia así, resultaría necesario actualizar la guía, lo cual es mejor que no contar con una definición de los contenidos y recibir solicitudes inadmisibles.</p>
	<b>Sobre el Valor Agregado Significativo</b>	<p>El que se defina a qué se hace referencia con Valor Agregado Significativo permite que los potenciales solicitantes sepan de antemano cuándo la información que pretenden presentar podría ser considerada válida cuando un PAS ya se ha iniciado, y de ser el caso, no enviar información que no podría ser calificada como tal.</p>	<p>Aunque se defina a qué se hace referencia con Valor Agregado Significativo, este concepto será valorado por la STCCO según las particularidades de cada caso. No obstante, es necesario que el solicitante tenga una definición general al respecto.</p>
	<b>Sobre la presentación de la evidencia del cártel</b>	<p>Los solicitantes sabrán que dentro de los 10 días hábiles siguientes a la admisión de su Solicitud se reunirán con la STCCO para coordinar la entrega de la evidencia. Además, tendrán un modelo de carta para entregar la evidencia que tengan sobre el cártel en el que participan, con lo cual se evitará que envíen información que no sea</p>	<p>El plazo con el que cuenta la STCCO para realizar investigaciones para contrastar la evidencia remitida por el solicitante podría prorrogarse según la complejidad del caso, siendo que no es del todo predecible el tiempo que duraría todo el proceso de solicitud de beneficio. No obstante, la prórroga del plazo determinado es algo excepcional, siendo necesario tener definido un plazo para el común de los casos.</p>

**ALTERNATIVA 2:**  
**APROBAR UNA GUÍA DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN ELECOMUNICACIONES**

		considerada evidencia. Además, sabrán con qué plazo cuenta la autoridad para realizar investigaciones que le permitan contrastar la evidencia presentada por ellos, y por ende cuánto tiempo tardaría aproximadamente todo el proceso de solicitud de beneficio.	
	<b>Sobre la Negociación y Suscripción de Compromiso de Otorgamiento de Beneficio</b>	El solicitante conocerá cuál es el plazo con el que la autoridad cuenta para convocarlo a negociar la suscripción del compromiso de otorgamiento de beneficio, así como qué es lo que debe esperar de la resolución en la que este compromiso se plasme.	Se requiere determinar el contenido de otorgamiento de beneficios. Conforme se aplique el Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, es posible que se advierta que el contenido mínimo necesario debe variar. En una circunstancia así, resultaría necesario actualizar la guía, lo cual es mejor que no tener definido un contenido mínimo que de predictibilidad al proceso.
	<b>Sobre el deber de colaboración del solicitante</b>	El solicitante conocerá cuál es el deber de colaboración que debe cumplir a fin de que su solicitud de beneficio no sea rechazada, y se evitará que sea el solicitante el que asuma un determinado comportamiento para dar cumplimiento a dicho deber.	Podría existir alguna conducta que no esté contemplada en el concepto del deber de colaboración propuesto en la guía, pero que si debería ser exigido. Sin embargo, es preciso una descripción general de todas las conductas que a priori se espera del deber de colaboración, ya que de lo contrario los agentes económicos no sabrían sus obligaciones para acceder al beneficio que solicitan. El deber de colaboración es un concepto que podría cambiar según resulte necesario.
	<b>Sobre la falta de acuerdo para suscribir el Compromiso de Otorgamiento de Beneficios</b>	El solicitante estará consciente de que de no haber acuerdo para suscribir el compromiso de otorgamiento de beneficios, la información que remita le será devuelta y no podrá ser usada en su contra. Esto incentiva a los agentes económicos a acogerse al programa ya que les da la seguridad de que la información que remitan sólo será utilizada cuando se les otorgue el beneficio que han solicitado (siempre y cuando hayan cumplido con las obligaciones que les corresponde).	Si es que no se llega a un acuerdo para suscribir el otorgamiento de beneficios se debe devolver toda la información y no podrá utilizarse para iniciar un PAS, lo cual retrasaría la desarticulación del cártel. Sin embargo, esto es necesario para que los agentes económicos se vean incentivados a acogerse al programa y con ello existan más probabilidades de que la autoridad detecte y desarticule cárteles.
	<b>Sobre el Otorgamiento del Beneficio Definitivo</b>	Se da predictibilidad al proceso ya que el solicitante sabrá en qué momento la autoridad le deberá otorgar el beneficio definitivo, y la forma en que deberá hacerlo.	No se han identificado desventajas.
	<b>Sobre la existencia de coerción</b>	La definición del concepto de ejercicio de coerción es importante que sea conocida por el solicitante, ya que ello le permitirá identificar si	Podría existir alguna conducta que no esté contemplada en la definición de ejercicio de coerción propuesta en la guía, pero que si constituya coerción.



		ha ejercido coerción o no, y de ser el caso será consciente de que no podrá acceder a la exoneración de la sanción sino únicamente a la reducción de esta.	Así, la definición propuesta podría no contemplar todas las posibles conductas que calzarían como coerción, sin embargo, es mejor tener una definición a no tenerla pues los solicitantes deben tener al menos un concepto general de qué tipos de conductas podrían ser coerción.
	<b>Reglas sobre confidencialidad</b>	El establecimiento de estas reglas es de suma importancia, ya que el solicitante debe tener la seguridad de que no se conocerá su calidad de solicitante ni la información que remita en el marco de su solicitud de beneficios, ya que ello evitaría que los participantes del cártel adviertan la investigación y eventualmente toman represalias en contra del solicitante. Estas reglas incentivan a los agentes económicos a acogerse al programa.	Puede generar inconvenientes cuando información considerada prueba de cargo e indispensable para el inicio del PAS, no se pueda replicar a través de otras fuentes. Sin embargo, en estos casos se ha determinado que el solicitante tendrá que renunciar a la confidencialidad de esta información.

**2.2. Análisis Costo-Beneficio**

**5.2.2.1. Alternativa 1: Status Quo - No implementar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones**

a no implementación de una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones generará que no exista la predictibilidad y transparencia necesarias a los solicitantes, siendo que este programa no resultará efectivo para la detección de cárteles en el sector de telecomunicaciones, pues no incentivará a los solicitantes a acogerse a él y delatar su existencia.

Debe señalar que si bien el programa de clemencia ya se encuentra previsto en la Ley de competencia, su aplicación en otros mercados no se dio de manera relevante hasta que el INDECOPI implementó la guía correspondiente, siendo que para el sector de telecomunicaciones, la figura es la misma; es necesario la implementación de una guía del programa de clemencia para así incentivar a los solicitantes a acogerse al programa.

Así, los costos de la alternativa del *status quo*, no implementar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, estarían asociados al no cumplimiento del objetivo del OSIPTEL de proteger la competencia en el mercado de las telecomunicaciones<sup>30</sup>, ya que no se estarían haciendo todos los esfuerzos para contar con las herramientas necesarias para ello, en específico para mejorar la capacidad de detección de cárteles. Con ello, la dinámica competitiva del mercado de telecomunicaciones podría verse seriamente

<sup>30</sup> La protección de la competencia es un objetivo que el OSIPTEL debe conseguir a través del servicio de resolución de controversias entre empresas operadoras, en materia de libre y leal competencia. Este objetivo se encuentra enmarcado en el Objetivo Estratégico Institucional 1 del OSIPTEL (OEI. 1): *Promover la competencia entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones*, que fuera aprobado conjuntamente con otros seis objetivos estratégicos más dentro del Plan Estratégico Institucional 2020-2023.



afectada y en consecuencia el bienestar de los usuarios, debido a que los precios podrían elevarse de manera importante, la calidad de los servicios deteriorarse, y la cantidad de operadores reducirse.

De otro lado, dado que no implementar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones (*status quo*) no mejora la probabilidad de detección de cárteles, el beneficio de esta alternativa es que la casuística en materia de colusión sería limitada y con ello la carga resolutive que deba analizar el OSIPTEL. No obstante, priorizar este beneficio no es factible ya que implicaría sacrificar el cumplimiento del objetivo de proteger la competencia en el sector telecomunicaciones del OSIPTEL.

En ese sentido, se observa que los costos son bastante mayores que los beneficios, con lo cual la alternativa 1 de mantener el *status quo* y no implementar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones no es costo eficiente.

### 5.2.2.2. Alternativa 2: Aprobar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones

En relación a los beneficios de esta alternativa, primero es preciso señalar que el programa de clemencia se ha caracterizado por ser una herramienta efectiva para detener y prevenir conductas lesivas para los consumidores y la eficiencia económica en general. En efecto, la misma disponibilidad de una herramienta de este tipo permite combatir los cárteles y garantizar condiciones de competencia en diferentes mercados, incluyendo el sector de telecomunicaciones, que cuenta con características que podrían facilitar este tipo de conductas, tal como explicó en el apartado 3.3.

Sin embargo, para que esta herramienta cumpla sus objetivos, es preciso que, tal como se señaló previamente, confluyan los siguientes elementos esenciales para su buen funcionamiento: (i) la percepción de un gran riesgo por parte de los integrantes de un cartel de ser detectados; (ii) la existencia de multas disuasivas, (iii) la transparencia y predictibilidad de sus alcances para que los agentes puedan aportar evidencia que facilite la detección de prácticas colusorias.

El tercer elemento, la transparencia y predictibilidad, se encuentra dentro del margen de actuación de la agencia de competencia y puede ser establecido mediante la implementación de lineamientos para la correcta aplicación de los programas de clemencia, es decir a través de la alternativa 2. En ese sentido, una guía del programa de clemencia aplicable al mercado de telecomunicaciones puede contribuir a completar los requisitos para su buen funcionamiento, considerando que la falta de precisión sobre sus alcances desincentiva a los agentes a delatar la existencia de posibles cárteles.

Al respecto, para maximizar el incentivo de detección de prácticas colusorias y motivar el cese rápido de los acuerdos colusorios no solo es importante que el primer agente sea el que reciba el “mejor acuerdo” (*best deal*), sino también que los términos del acuerdo con los colaboradores sean lo suficientemente claros desde el principio, lo que amerita la existencia de disposiciones que orienten objetivamente a la autoridad y también a los colaboradores respecto de las etapas, deberes, derechos y condiciones que se deben observar para acceder a los beneficios que otorga el programa de clemencia, aspectos que están contemplados en la Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones.



De otro lado, con respecto a los costos asociados a la alternativa de aprobación de una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, cabe señalar que esta no establece nuevas obligaciones sobre las empresas, sino delimita los alcances del ámbito de la aplicación de un procedimiento que actualmente se encuentra establecido en la Ley de Competencia, a fin de hacer efectiva una herramienta que puede contrarrestar la comisión de prácticas anticompetitivas.

Desde este punto de vista, podrá advertirse que mediante la propuesta no se busca intervenir en la actuación de los agentes del mercado, generando costos que podrían reflejarse frente a propuestas de otra naturaleza, como el dictado de disposiciones regulatorias o mediante la fijación de tarifas o cargos de interconexión, sino viabilizar el uso de una herramienta eficaz para contrarrestar la existencia de cárteles.

No obstante, la aprobación de la propuesta eventualmente podría generar costos de carácter administrativo al propio OSIPTEL, considerando un posible incremento de la asuística a partir de la aplicación del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, aunque se estima que la atención podría ser cubierta por el personal y la infraestructura con la que actualmente cuenta el OSIPTEL. No obstante ello, en caso sea necesario ampliar la capacidad de la STCCO para la atención de estas funciones, podría proponerse la asignación de mayores recursos humanos, que no deberían tener un impacto considerable en el presupuesto de la entidad.

Cabe señalar además que, si bien la aprobación de una guía contribuye a la adecuada implementación del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, en tanto aporta transparencia y predictibilidad en la evaluación de las solicitudes de acogimiento que puedan presentar los agentes económicos, su desarrollo también requiere la definición de un sistema de multas que realmente sea disuasiva, junto con una efectiva labor de monitoreo y supervisión del mercado, a fin de incrementar la percepción de detección de prácticas colusorias.

El sistema de multas por la comisión de prácticas anticompetitivas ha sido establecido en la Ley de Competencia y la incidencia de las agencias de competencia en este aspecto es relativamente reducida en tanto se limita a la formulación de propuestas normativas. A diferencia de ello, la generación de la percepción de riesgo de detección de las prácticas colusorias puede encontrarse dentro de los alcances de las funciones atribuidas a la autoridad de competencia, pero su efectiva ejecución se encuentra relacionada con la asignación de recursos suficientes (económicos, tecnológicos y humanos) que permitan una eficaz y oportuno monitoreo del mercado desde el punto de vista del cumplimiento de las normas que garantizan la libre competencia en el mercado de telecomunicaciones.

Finalmente, en este punto es importante señalar que recientemente se ha aprobado el Decreto Legislativo Nº 1396, mediante el cual se ha reconocido la posibilidad de implementar programas de recompensas económicas a favor de las personas que brinden información para detectar, investigar y sancionar conductas anticompetitivas sujetas a prohibición absoluta. Esta es una herramienta nueva que puede complementar la efectividad del programa de clemencia, por lo que su aplicación en el mercado de telecomunicaciones también será evaluada oportunamente, teniendo en consideración que la Ley de Competencia permite la posibilidad de aprobar lineamientos para establecer los



plazos, reglas, condiciones, excepciones y restricciones que resulten necesarias para su adecuada implementación.

De lo expuesto, se ha observado que la alternativa 2 es costo eficiente, ya que los beneficios que genera son considerablemente mayores que los costos asociados a su implementación.

### 5.3. Propuesta de solución

La alternativa 2, implementar una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, es la solución elegida para enfrentar el problema planteado previamente. Tal como se indicó, esta alternativa implica establecer unos lineamientos que desarrollen el procedimiento para la aplicación del programa de clemencia previsto en la Ley de Competencia, en el sector telecomunicaciones, con la finalidad de otorgarle predictibilidad y transparencia de cara a los agentes económicos que decidan acceder a él, incentivarlos, de ser el caso, a hacerlo. Así, con un programa de clemencia más rededible y transparente se busca incrementar las probabilidades de detectar cárteles existentes que puedan afectar el mercado de telecomunicaciones y además desincentivar la formación de otros nuevos.

La propuesta de solución implicará lo siguiente:

- Especificar los beneficios que la Ley de Competencia contempla otorgar a los solicitantes que aporten información para desarticular la existencia de cárteles, según oportunidad en que se realice la solicitud.
- Definir el procedimiento que se seguirá para la asignación de marcadores a los solicitantes.
- Establecer las obligaciones que los solicitantes deben cumplir para recibir dichos beneficios.
- Especificar las instancias del OSIPTEL que participarán durante la aplicación del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones.
- Determinar la obligación del compromiso de otorgamiento de beneficios por parte de la autoridad.
- Especificar los casos en los cuales dichos beneficios podrían denegarse.
- Definir términos como el de **ejercicio de coerción** sobre integrantes del cártel, hecho que de demostrarse podría conllevar a que se deniegue el otorgamiento del beneficio de exoneración de la sanción.
- Determinar qué conductas anticompetitivas se encuentran contempladas en el Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, las mismas que en este caso serían únicamente las colusiones horizontales.
- Definir el régimen de confidencialidad aplicable al Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, a fin de los solicitantes tengan la seguridad de que la información aportada será resguardada y utilizada únicamente cuando se le otorguen los beneficios solicitados.



## VI. APLICACIÓN DE LA SOLUCIÓN SELECCIONADA

### 6.1. Alcances y contenido del programa de clemencia en el mercado de telecomunicaciones

A continuación se exponen los principales aspectos que se requiere incorporar en la Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones. Como se podrá advertir, el documento introduce los beneficios que la Ley de Competencia contempla otorgar a los solicitantes y colaboradores que aporten información para desarticular la existencia de cárteles que puedan afectar el mercado de telecomunicaciones.

#### Beneficios otorgados y asignación de marcadores

La Ley de Competencia no solo reconoce la posibilidad de exonerar de sanción al primer agente que aporta información sobre la existencia de un cártel, sino también prevé la posibilidad de reducir la sanción a los agentes que, sin ser los primeros, proporcionan información valiosa para la detección, investigación y sanción a los responsables de este tipo de conductas. En la modificación introducida a la Ley de Competencia en el año 2015 se indica que la falta de predictibilidad de la disposición normativa sobre estos dos incentivos para delatar la existencia de cárteles hizo que el programa de clemencia fuera poco atractivo para los agentes<sup>31</sup>.

La exoneración y la reducción de la sanción son dos tipos de incentivos que reconoce el sistema de clemencia previsto en la legislación peruana, siguiendo una importante corriente de la legislación comparada, como la que se ha referido previamente.

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

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

Por ello, el beneficio de exoneración del 100% de la multa correspondiente a la sanción por infracción (Clemencia Tipo A) solo resulta aplicable si la autoridad no cuenta con

<sup>31</sup> En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo Nº 1205 se indica que esta figura no fue utilizada sino hasta el año 2012, en el que se presentó la primera solicitud de exoneración de sanción ante el INDECOPI (p. 19).

información o indicios razonables y suficientes de la existencia del cártel. Si la autoridad cuenta con estos indicios, pero el procedimiento sancionador aún no se ha iniciado, entonces solo podrá reducirse la multa entre el 50% y el 100%, en función a la evaluación que corresponda realizar en cada caso (Clemencia Tipo B). Este esquema se encuentra alineado a la propuesta contenida en la Guía del Programa de Clemencia del INDECOPI.

Por otro lado, si son varios los agentes que solicitan acogerse al sistema de clemencia, solo el primero puede obtener la exoneración de la sanción, mientras que los siguientes se someten a los beneficios de reducción establecidos en los siguientes rangos (Clemencia Tipo C):

Orden de prelación	Reducción de sanción
Segunda solicitante	30% - 50%
Tercer solicitante	20% - 30%
Subsiguientes	Hasta 20%

Los lineamientos que se definen en el Proyecto de Guía incluyen aspectos del régimen de asignación de marcadores o indicadores (*marker system*)<sup>32</sup>, que permite garantizar el otorgamiento de beneficios conforme a un estricto orden de prelación de acuerdo a la oportunidad en que se presenta la solicitud. Ello a fin de que tanto el solicitante como la autoridad de competencia tengan la certeza del tipo de beneficio al que el primero podría acceder, lo cual brinda seguridad al solicitante y por lo tanto otorga predictibilidad al proceso.

De acuerdo a ello, si un agente cuenta con cierta información que permita delatar la existencia de un cártel puede solicitar a la autoridad la asignación de un marcador que le asegure ser el primero en el orden de prelación y, de ese modo, acceder al mayor beneficio que otorga el Programa de Clemencia en Telecomunicaciones.

Como se podrá desprender, el sistema de marcadores genera incentivos entre los integrantes de un cártel o los agentes involucrados en la comisión de prácticas colusorias para ser los primeros en delatar la existencia de este tipo de infracciones o en establecer contacto con la autoridad de competencia para estos efectos (*race for leniency* o *race to contact the competition agency*). Asimismo, este esquema reduce las barreras iniciales de entrada para acceder al programa de clemencia, dado que garantiza a los solicitantes una determinada posición en el orden de prelación (primero, segundo, etc.).

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

Un factor determinante en el éxito de un programa de clemencia es el compromiso de colaboración que debe asumir el solicitante. La experiencia comparada muestra distintos matices sobre los alcances del deber de colaboración, pero en términos generales, el propósito de esta exigencia radica en la necesidad de tener una capacidad y operatividad

<sup>32</sup> OECD, *Use of marker in leniency programmes*, 2014.



mayor por parte de la autoridad, tanto en la detección y persecución de prácticas anticompetitivas como en el fomento de políticas de promoción de la competencia<sup>33</sup>.

El programa de clemencia de los Estados Unidos exige el cumplimiento del deber de colaboración como condición para acceder al beneficio de exoneración, que consiste en la cooperación continua y completa del solicitante durante toda la investigación que lleva adelante la autoridad. La obligación de cooperación comprende la entrega de documentos, información y materiales, así como ejercer los mayores esfuerzos para asegurar la cooperación de los directores, funcionarios y empleados de la empresa e incluso el pago de la restitución a los afectados<sup>34</sup>. El acceso al programa de clemencia se recoge en un formato de solicitud (*Model Corporate Conditional Leniency Letter*) que se pone a disposición de los interesados. En este documento se recogen con mayor detalle los alcances del compromiso de colaboración que asume el solicitante.

El programa de clemencia de la Unión Europea es mucho más preciso en el propio texto normativo respecto a los alcances del deber de cooperación. Considera que constituye una condición para el acceso a los beneficios que ofrece el programa de clemencia, que exige cooperar, completa, permanente y diligentemente durante todo el procedimiento administrativo. Los alcances de esta cooperación se encuentran listados con mayor detalle, incluyéndose las siguientes obligaciones que deben ser cumplidas desde la presentación de la solicitud: (i) facilitar toda la información y elementos de prueba pertinentes con relación a la existencia del cártel; (ii) encontrarse a disposición de la autoridad para responder con prontitud a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos; (iii) facilitar que los empleados y directivos actuales (y, en la medida de lo posible, los anteriores) estén disponibles para ser entrevistados; (iv) absteniéndose de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba pertinentes relativos al presunto cártel; y, (v) absteniéndose de divulgar el hecho ni el contenido de su solicitud hasta la formulación de imputación de cargos en el asunto, salvo que se convenga otra cosa.

En general, los programas de clemencia implementados por las autoridades de competencia de diversos países recogen los alcances del deber de colaboración en términos similares con ciertas particularidades, pero concentrándose en el aporte de evidencia sobre la existencia de las conductas anticompetitivas no solo al momento de presentar la solicitud, sino incluso durante el desarrollo de la investigación y la tramitación del procedimiento administrativo sancionador. Así se puede corroborar, por ejemplo, además de los casos mencionados, en los programas de clemencia implementados en España, Brasil, México y Chile, que se describen en el Anexo.

El deber de colaboración resulta fundamental en el desarrollo de la investigación y en el curso del procedimiento administrativo sancionador, a tal punto que su incumplimiento puede conllevar a la eventual decisión de denegar el otorgamiento del beneficio definitivo.

<sup>33</sup> LOPEZ GÁLVEZ, Isabel, *Programa de clemencia y el concepto de cártel*, en Anuario de la Competencia, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, p. 107.

<sup>34</sup> El acceso al programa de clemencia se recoge en un formato de solicitud (*Model Corporate Conditional Leniency Letter*) que la Antitrust Division pone a disposición de los interesados. En este documento se recogen con mayor detalle los alcances del compromiso de colaboración que asume el solicitante.



En Perú, la Ley de Competencia señala que la autoridad establece los alcances del deber de colaboración y su cumplimiento resulta exigible desde la suscripción del compromiso de otorgamiento del beneficio de exoneración o reducción de sanción. Si bien la norma se refiere únicamente al “compromiso de exoneración”, resulta claro que también se puede suscribir un “compromiso de reducción”, en los casos en que la exoneración no sea posible. Por ello, a fin de comprender ambos supuestos, preferimos emplear la denominación de compromiso de otorgamiento de beneficios.

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

Si bien el cumplimiento del deber de colaboración es un elemento indispensable del contenido de un compromiso de otorgamiento de beneficios, debe reconocerse que existen tras obligaciones similares que resultan exigibles desde la presentación de la solicitud, como no revelar sus alcances mientras se evalúa la suscripción del compromiso de otorgamiento del beneficio condicional, a fin de garantizar la eficacia de la investigación contra el cártel que se delate.

#### Oportunidad de solicitud y beneficio otorgado

La exoneración solo se encuentra prevista para aquellos casos en los que la información sobre la existencia del cártel se aporta hasta antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador. Por tanto, la sola existencia de una investigación previa por parte de la autoridad de competencia sobre la conducta delatada no constituye un impedimento para acceder al beneficio de exoneración, siempre que la información que porte el solicitante permita contar con elementos de prueba que ayuden a detectar y acreditar la existencia de la práctica colusoria.

A diferencia de ello, el beneficio de reducción puede ser otorgado a los solicitantes incluso después de iniciado el procedimiento administrativo sancionador, siempre que se introduzcan elementos de juicio que aporten un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción.

El valor agregado significativo hace referencia a aquellos elementos de prueba queumentan la capacidad de la STCCO de probar el presunto cártel, ya sea debido a la naturaleza de la información o a su nivel de detalle.

El plazo para poder presentar información complementaria a fin de obtener la reducción de la sanción no se encuentra previsto en la Ley de Competencia, aunque resulta razonable esperar que coincida con el que los imputados cuentan para presentar descargos, tal como lo hace la Guía del Programa de Clemencia del INDECOPI.



### Extensión del beneficio de exoneración y reducción

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

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

### Conductas anticompetitivas comprendidas en el programa de clemencia

Como se ha señalado previamente, los programas de clemencia se encuentran orientados a incentivar la delación de prácticas colusorias horizontales de prohibición absoluta, a las que la literatura especializada suele denominar cárteles de núcleos duros (*hard core cartels*).

Lo obstante lo expuesto, es importante señalar que existen legislaciones de diversos países en los que el programa de clemencia también comprende los acuerdos horizontales sujetos a la regla de la razón e incluso los acuerdos colusorios verticales que restringen la competencia.

En efecto, Trepka y Wurm señalan que si bien los programas de clemencia están orientados principalmente a detectar cárteles (acuerdos horizontales de núcleo duro), existen programas que también incentivan la detección de infracciones provenientes de acuerdos verticales<sup>35</sup>. Así, destaca el caso de Polonia, cuyo programa de clemencia aplica tanto a acuerdos horizontales como a acuerdos verticales. De igual forma, en Reino Unido el programa de clemencia no solo está orientado a permitir el acceso a los beneficios de exoneración o reducción de sanción por revelar información sobre la existencia de acuerdos horizontales, sino también por revelar la existencia de acuerdos verticales, aunque solo en lo que respecta a la fijación de precios. Los mismos autores señalan que en el caso de Alemania y Finlandia los acuerdos verticales no están cubiertos de forma explícita por los programas de clemencia, sin embargo, las autoridades de competencia pueden aplicarlos de forma discrecional para este tipo de conductas.

TREPKA, Marcin y Martyna WURM (2016). *Leniency Programs - The Devil Is In The Details*. *Competition Policy International*. Disponible en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/leniency-programs-the-devil-is-in-the-details/>



De otro lado, la European Competition Network señala que los programas de clemencia son aplicables a los carteles secretos (acuerdos horizontales), sin embargo, algunos programas de clemencia en Europa tiene una aplicación más amplia, como son los casos de Finlandia, Lituania, Suecia, Polonia y Rumania<sup>36</sup>.

En el caso particular de Perú, luego de la modificación efectuada por el Decreto Legislativo Nº 1205, la Ley de Competencia considera que el programa de clemencia comprende a las prácticas colusorias, sin restringirlo a determinados tipos de acuerdos, por lo que en principio puede entenderse que comprende a todas las prácticas colusorias horizontales y verticales.

*Artículo 26.-*

*Exoneración de sanción.-*

*26.1. Antes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a detectar y acreditar la existencia de una práctica colusoria, así como a sancionar a los responsables. (Énfasis agregado)*

En línea con lo que se ha expuesto previamente, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo Nº 1205 consideró que el sistema de clemencia podría ser aplicable, en ciertas circunstancias especiales, incluso a otras prácticas colusorias distintas de las que constituyen cárteles.

No obstante lo expuesto, siguiendo la línea trazada en materia de política de competencia, el propósito de la Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones es ofrecer los beneficios de exoneración y reducción de multas por delatar la existencia de cárteles, en tanto constituyen las conductas más dañinas para el proceso competitivo. En ese sentido, debemos indicar que el diseño del proyecto de guía que se propone está dirigido esencialmente a incentivar la presentación de evidencia respecto de la existencia de cárteles en el mercado de telecomunicaciones. Esa también es la propuesta contenida en la Guía del Programa de Clemencia del INDECOPI, por lo que, aplicando el mismo marco legal, se justifica mantener un criterio de predictibilidad frente a los administrados por parte de las dos autoridades de competencia en el país.

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

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

En nivel comparado, diversas legislaciones consideran que una condición para el otorgamiento del beneficio es verificar que el agente no haya condicionado a los demás participantes de la actividad ilícita a formar parte o impedir su salida de ella. El sustento de la introducción del actual programa de clemencia en nuestro país, resalta que la determinación de la existencia de coerción en los casos concretos conlleva una dificultad

<sup>36</sup> ECN Model Leniency Programme, Report on assessment of the state of convergence, 2006.



intrínseca. Por ello, se inclina por restringir la excepción que impide el acceso al beneficio de exoneración de sanción únicamente a los casos en los que el solicitante de clemencia ha obligado o ejercido coerción sobre los demás agentes que también forman parte de la actividad ilícita.

Asimismo, se ha resaltado que siguiendo la experiencia de la Unión Europea y con la finalidad de incentivar el incremento de solicitudes de clemencia, se ha recogido la posibilidad de permitir que el agente que ha coaccionado a los demás a partir en la ejecución de una práctica colusoria, pueda acceder al beneficio de reducción de sanción, que también ofrece el programa de clemencia<sup>37</sup>.

### Predictibilidad para el otorgamiento del beneficio definitivo

La estructura orgánica del OSIPTEL para la represión de conductas anticompetitivas en el mercado de telecomunicaciones contempla la participación de la STCCO como órgano instructor y del CCP como órgano resolutor<sup>38</sup>. Esta estructura es similar a la que existe en el INDECOPI con la Secretaría Técnica, como órgano instructor, y la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, como órgano decisor.

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

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

Al fin de dotar de seguridad a los agentes que solicitan acogerse al Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, el proyecto precisa que solo en dos supuestos se puede denegar el beneficio de exoneración de la sanción a favor del solicitante: (i) cuando se advierte que ejerció coerción para el desarrollo de la práctica colusoria; y, (ii) si se verifica que no cumplió con el deber de colaboración durante la tramitación del procedimiento

<sup>37</sup> Exposición de Motivos del Decreto Legislativo Nº 1205, pp. 25-27.

<sup>38</sup> El artículo 95 del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 032-2002-CD/OSIPTEL, modificado por Decreto Supremo Nº 045-2017-PCM, establece que el Consejo Directivo puede designar Cuerpos Colegiados Permanentes para resolver las controversias sobre libre y leal competencia. Mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 126-2018-CD/OSIPTEL, publicado el 25 de mayo de 2018, se designó a los miembros del CCP por un periodo de 3 años.



administrativo sancionador. Asimismo, se precisa que sólo en el segundo supuesto se puede denegar el beneficio de reducción de la sanción.

#### Régimen de confidencialidad

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

Sin embargo, el deber de reserva no alcanza a la información contenida en el expediente en que se tramita el procedimiento administrativo sancionador, como tampoco a aquella información hecha pública por el propio beneficiario. Asimismo, cuando la STCCO, a pesar de sus esfuerzos razonables, no pueda replicar la información proporcionada por el olicitante a través de otras fuentes, este deberá renunciar a la confidencialidad de la información que sea indispensable para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, por constituir pruebas de cargo en contra de los demás involucrados en la infracción.

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.

#### - Tratamiento procedimental contenido en el Proyecto de Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones

El proyecto de guía comprende una sección con las principales definiciones para facilitar la comprensión de sus alcances. En una segunda parte se contemplan los aspectos elementales del programa de clemencia, precisando que los beneficios que otorga son la exoneración y reducción de la multa que resultaría aplicable. Asimismo, se precisa que las conductas anticompetitivas que se encuentran comprendidas dentro de los alcances de la guía son las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta.

El proyecto también comprende las condiciones esenciales para poder acceder a los beneficios de exoneración o reducción de sanción. De acuerdo a la Ley de Competencia, la exoneración se encuentra reservada a las solicitudes que se presenten antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador y el beneficio de reducción para las siguientes solicitudes, ya sea que se presenten antes del inicio del procedimiento o después de ello. Es importante considerar que la Ley de Competencia no precisa el plazo máximo para la presentación de una solicitud de reducción; sin embargo, como se ha señalado previamente, considerando la información complementaria que podría proporcionarse, resulta razonable permitir que este coincida con el plazo de los agentes para presentar sus escargos.



La exoneración puede concederse siempre que (i) la solicitud se presente antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, aún si existe una investigación preliminar en curso por parte de la autoridad de competencia, teniendo en cuenta que en este último caso resultará aplicable en tanto la información proporcionada por el solicitante aporte valor agregado significativo; y, (ii) se cumplan determinadas condiciones que se encuentran listadas, tales como ser el primero en presentar la solicitud, no revelar su identidad, no ejercer coerción contra los demás participantes de la conducta colusoria, entre otros.

La propuesta también prevé la posibilidad de otorgar una reducción de la sanción en caso no sea posible acceder al beneficio de exoneración de sanción. En el régimen de reducción aplican los rangos previstos en la Ley de Competencia: entre 30%-50% para el segundo solicitante, entre 20%-30% para el tercero y hasta 20% para los subsiguientes. Es importante precisar que, a diferencia de lo que ocurre con la exoneración, un solicitante puede acceder a la reducción de la sanción incluso después de iniciado el procedimiento administrativo sancionador, siempre que la información que proporcione aporte un valor agregado significativo. Asimismo, se reconoce la posibilidad de conceder una reducción de la sanción si se verifica que el primer solicitante ha ejercido coerción para el mantenimiento del cártel.

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

La primera fase comprende el primer acercamiento que puede tener el solicitante con la autoridad de competencia. En esta fase se pueden efectuar consultas sobre la disponibilidad de los marcadores, que permiten ubicar a los solicitantes en la fila de posibles beneficiarios de exoneración y reducción de sanción. Asimismo, se establece que la incorporación al régimen del programa de clemencia exige la presentación inicial de una solicitud de beneficio. A fin de facilitar los alcances de la solicitud, la Guía incorpora un modelo de solicitud de beneficio general, que no precisa si se trata de exoneración o reducción de sanción, en la medida que la determinación final del beneficio a otorgar deberá ser evaluada por la autoridad de competencia. Esta primera fase debe culminar con la evaluación preliminar de la solicitud de beneficio y la asignación del marcador correspondiente. Si el solicitante es el primero, le corresponderá provisionalmente la asignación del primer marcador y así sucesivamente.

Como se ha explicado anteriormente, la necesidad de asignar el marcador a cada solicitud obedece a la posible concurrencia de solicitudes. En tanto se trata de una primera fase, la solicitud de beneficio para la asignación del marcador no requiere aún acompañar la evidencia en la que se sustenta la existencia de una práctica colusoria, pero sí es necesario presentar información de carácter general que se describe con detalle a fin de facilitar su comprensión, conforme lo exige el literal a) del artículo 26.2 de la Ley de Competencia. Esta fase concluye con una comunicación remitida al solicitante asignando un determinado marcador y brindando instrucción sobre el cumplimiento del deber de mantener en reserva los alcances de la solicitud, salvo indicación en contrario de la propia autoridad.



La segunda fase comprende la presentación de la evidencia que sustenta la existencia de la práctica colusoria delatada. Si bien en la primera fase el solicitante puede alcanzar documentación que corrobore las afirmaciones contenidas en su solicitud, será en esta fase en la que corresponderá completar toda la documentación que permita a la autoridad de competencia corroborar la existencia de una posible práctica anticompetitiva. A fin de facilitar la información de sustento que se requeriría presentar, se acompaña a la guía un modelo de carta con un listado ilustrativo de la documentación que se requeriría presentar. Teniendo en cuenta la información aportada por el solicitante, la autoridad podrá evaluar si resulta necesario desarrollar actuaciones complementarias a fin de reunir mayores elementos de convicción que permitan abrir un procedimiento administrativo sancionador. La segunda fase puede concluir con la invitación al solicitante para negociar la suscripción del Compromiso de Otorgamiento de Beneficio. De lo contrario, en caso la información entregada por el solicitante no resulte suficiente para acreditar la existencia de una práctica colusoria, la autoridad podrá rechazar la solicitud de beneficio liberando el marcador asignado.



a tercera fase comprende la negociación y suscripción del compromiso de exoneración o reducción de la sanción, que otorga el beneficio condicional oponible a la imposición de la sanción de multa que de otro modo le resultaría aplicable al solicitante. Esto se producirá siempre que la autoridad constate que la evidencia aportada por el solicitante resulta suficiente para iniciar el procedimiento sancionador o aporte valor agregado significativo para tal efecto o si como consecuencia de las diligencias complementarias de investigación se puede llegar a la misma conclusión.



tal como lo establece el marco normativo, la autoridad de competencia cuenta con facultades suficientes para negociar los alcances y términos del compromiso de otorgamiento de beneficios; sin embargo debe tener en cuenta que previamente la autoridad expondrá al solicitante las conclusiones a las que haya llegado luego de la valuación de la información y evidencia aportada como parte de su solicitud de obtención del beneficio, para lo cual se requeriría la conformidad del solicitante. La Guía contempla el contenido mínimo que debe reunir el compromiso, incluyendo la definición de los alcances del tipo de beneficio definitivo que podría obtener, el deber de colaboración y el deber de reserva. La falta de acuerdo sobre la suscripción del compromiso trae como consecuencia la cancelación del marcador asignado y la devolución de la documentación presentada por el solicitante, sin que esta pueda ser utilizada en su contra.




Finalmente, la cuarta y última fase comprende el procedimiento para la aprobación del beneficio definitivo. La decisión de otorgar el beneficio definitivo corresponde a la CCP, previa recomendación positiva de la STCCO. A fin de precisar los supuestos en los que corresponde denegar el beneficio de exoneración de la sanción, se precisa que este escenario únicamente se puede presentar en dos casos específicos: (i) cuando se incumple el deber de colaboración requerido por la STCCO y (ii) si se verifica que el solicitante ejerció coerción sobre los demás integrantes de la práctica colusoria, mientras que el beneficio de reducción de la sanción se puede denegar únicamente en el segundo caso. Con relación a los alcances de la existencia de coerción, el proyecto recoge el modelo adoptado por INDECOPI y se listan a modo de ejemplo las acciones que no revelan la existencia de coerción con la finalidad de ofrecer certeza y predictibilidad a los administrados.






**VII. DIFUSIÓN DE LA NORMATIVA**

El Decreto Supremo N° 001-2009-JUS regula la publicidad obligatoria de las normas legales de carácter general que conforman el ordenamiento jurídico nacional. Asimismo, establece que sus disposiciones son aplicables a todas las entidades públicas que aprueban normas legales de carácter general y de cumplimiento obligatorio, para lo cual precisa que debe entenderse por norma legal de carácter general a aquella que crea, modifica, regula, declara, extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica.

Como se ha señalado previamente, el artículo 26.7 de la Ley de Competencia reconoce la facultad de dictar lineamientos para la mejor implementación del programa de clemencia y tribuye expresamente esta facultad a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que es el órgano resolutorio de primera instancia en materia de represión de conductas anticompetitivas al interior del INDECOPI.

Conforme a la Ley de Competencia, los lineamientos que se aprueben para la implementación del programa de clemencia pueden establecer plazos, reglas, condiciones y restricciones particulares. Como se puede advertir, los lineamientos que formarían parte de la propuesta de Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones constituyen disposiciones generales que tienen el propósito de definir el trámite y las etapas que correspondería seguir en caso un agente económico pretenda revelar la existencia de un cartel. Asimismo, los referidos lineamientos pueden establecer la forma de actuación de la autoridad administrativa frente a una solicitud de exoneración o reducción de sanción, por lo que, siguiendo la definición contenida en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, puede afirmarse que su naturaleza es propiamente normativa.

La aplicación de la facultad de dictar lineamientos en el OSIPTEL debe efectuarse considerando lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Competencia. Esta disposición establece que la aplicación de la Ley de Competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del OSIPTEL conforme a la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. Asimismo, precisa que las instancias competentes, sus facultades y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

De la revisión de la estructura orgánica del OSIPTEL se advierte que la autoridad que tiene competencia para la aprobación de disposiciones normativas es el Consejo Directivo. Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen facultades para resolver las controversias que se someten a su consideración; sin embargo, no tienen atribución para dictar disposiciones normativas y tampoco se les ha atribuido esta facultad para aprobar lineamientos para la implementación del programa de clemencia, como sí lo ha hecho la Ley de Competencia al asignar esta función expresamente a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI.



Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde remitir el Proyecto de Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones al Consejo Directivo a efectos de aprobar la resolución que disponga su publicación, conforme lo establece el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, a fin de recibir comentarios o sugerencias.

**VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN**

De acuerdo a lo expuesto, podemos concluir lo siguiente:

5.1 El OSIPTEL ejerce una doble función que lo diferencia de los demás organismos reguladores. Por un lado ejerce la función de organismo regulador típico en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y, por otro lado, ejerce una función particular como agencia de competencia, en tanto tiene la responsabilidad de efectuar un control *ex post* para combatir las prácticas anticompetitivas que tengan incidencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

.2 Los países miembros de la OECD han implementado programas de clemencia destinados a desarticular los cárteles de núcleo duro y, en general, la literatura especializada coincide en recomendar la implementación de esta herramienta debido a la evidencia empírica que muestra resultados exitosos en diferentes mercados.

.3 Los objetivos que se persiguen con la introducción del programa de clemencia son: detección, disuasión y promoción de eficiencia. Los requisitos para su adecuado funcionamiento pueden resumirse en los siguientes: sanciones significativas o disuasivas, riesgo de detección de la actividad ilegal, así como transparencia y predictibilidad.

.4 Se ha identificado que el OSIPTEL presenta una reducida capacidad de detección de cárteles en el mercado de las telecomunicaciones, debido a que el Programa de Clemencia contemplado en la Ley de Competencia no cuenta con el nivel de predictibilidad y transparencia necesarios para su aplicación en el mencionado mercado. Este problema es relevante debido al alto riesgo de formación de cárteles en el mercado de las telecomunicaciones y a que esta clase de conductas constituyen las más lesivas a la libre competencia. En tal sentido, el programa de Clemencia desincentiva la formación de cárteles y, por tanto, promueve la eficiencia pues los precios se formarían por las fuerzas del mercado y no de manera artificial a través de un acuerdo entre competidores.

.5 En la medida que el OSIPTEL ejerce la condición de agencia de competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, se justifica la expedición de una Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones que ofrezca transparencia y predictibilidad a los agentes que operan en este mercado para que proporcionen información o aporten elementos de prueba sobre la existencia de prácticas anticompetitivas a cambio de la exoneración y reducción de multas que les podrían resultar aplicables.

.6 En aplicación de lo dispuesto por la Resolución de Consejo Directivo N° 069-2018-CD/OSIPTEL que aprobó los Lineamientos de Calidad Regulatoria del OSIPTEL, se analizaron las alternativas de mantener el *status quo* y de aprobar una Guía del



Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, análisis a partir del cual se determinó que la implementación de dicha Guía era la alternativa costo eficiente. Así, se concluye que tanto el Proyecto de Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones como el informe que lo sustenta cumplen con los Lineamientos de Calidad Regulatoria.

- 5.7 Se recomienda poner en conocimiento del Consejo Directivo el Proyecto de Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, a efectos de aprobar la resolución que disponga su publicación, conforme lo establece el Decreto Supremo Nº 001-2009-JUS, a fin de recibir comentarios o sugerencias.



ANEXO

**Experiencias de la aplicación de programas de clemencia analizadas**

La aplicación de programas de clemencia es bastante amplia a nivel mundial. A continuación se revisan los aspectos más relevantes de la aplicación del programa de clemencia en ciertas jurisdicciones.

- Estados Unidos

En los Estados Unidos existe un programa de clemencia aplicable a las empresas (*Corporate Leniency Policy*) y un programa complementario dirigido específicamente a los representantes, ejecutivos y empleados (*Leniency Policy for Individual*)<sup>39</sup>.

El programa de clemencia corporativo exige el cumplimiento de determinadas condiciones para acceder al beneficio del programa de clemencia siempre que se presente antes del inicio de investigaciones o antes de que la autoridad cuente con información sobre la existencia de la conducta anticompetitiva (*Type A Leniency*). Pese a ello, también se reconoce la posibilidad de acceder al beneficio de clemencia si a pesar de que la autoridad ha recibido información sobre la existencia de la conducta anticompetitiva, aún no cuenta con la evidencia concluyente que le permita sostener la imputación en contra de los infractores de las normas de libre competencia (*Type B Leniency*).

El beneficio que ofrece el programa de clemencia se concentra en el primer solicitante<sup>40</sup>. A diferencia de lo que ocurre con diversas legislaciones, como la peruana, no contempla la posibilidad de otorgar beneficios de reducción de las sanciones a posteriores solicitantes. Por otro lado, como ocurre en muchos casos, contempla la posibilidad de acceder al programa de clemencia solo para prácticas anticompetitivas que califican como cárteles, es decir, aquellas que involucran la fijación de precios, licitaciones colusorias, limitación de producción y reparto de mercado.

- Unión Europea

El programa de clemencia previsto en la Unión Europea se detalla en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, aprobada en el 2006. Este documento considera que la política de clemencia se aplica como recompensa a las empresas que denuncien cárteles en los que

Es importante precisar que a diferencia de otros sistemas, las conductas competitivas cometidas en el ámbito de actuación de las autoridades de los Estados Unidos tienen connotación penal y también administrativa (imposición de multas). Por tanto, su programa de clemencia no solo puede asegurar a los delatores la obtención de beneficios de naturaleza económica (exoneración del pago de multas), sino principalmente evitar los riesgos propios de una investigación de naturaleza penal.

DEPARTMENT OF JUSTICE, *Frequently asked questions about the antitrust division's leniency program and model leniency letters*, 2017.



hayan participado, concediéndoles la dispensa o exoneración del pago o la reducción del importe de las multas que de otro modo les hubiesen sido impuestas.

Contiene un acápite de introducción al régimen, en el que se define a los cárteles como acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores. Como se puede apreciar, los alcances de la definición de cártel parecen extenderse a otras conductas distintas de las que la literatura identifica como cárteles de núcleo duro.

El programa de clemencia permite el otorgamiento de beneficios de exoneración o dispensas del pago de multas, pero también reconoce la posibilidad de reducir su monto aplicable. La autoridad puede dispensar el pago de multa cuando una empresa revele su participación en el presunto cártel y sea la primera en facilitar información y elementos de prueba que permitan efectuar una inspección oportuna, destinada a corroborar la existencia de cártel o determinar la existencia de la infracción en relación con el cártel.

Como también ocurre con el programa de clemencia de los Estados Unidos y de otros sistemas jurídicos, en el ámbito de la Unión Europea se exigen determinadas condiciones adicionales para permitir la dispensa del pago de la multa a favor del solicitante, como colaborar permanente y diligentemente con la autoridad, poner fin a su participación en el cártel, no destruir información, entre otros.

La reducción del pago del importe de la multa se produce cuando no se cumplen los requisitos exigidos para acceder a la dispensa y siempre que la información que facilite el solicitante aporte un valor añadido significativo con respecto a los elementos de prueba que la autoridad de competencia posea.<sup>41</sup>

- Reino Unido

En el caso de Reino Unido, el programa de clemencia está desarrollado para su aplicación sobre prácticas colusorias horizontales, y en el caso de los acuerdos verticales, la clemencia solamente está disponible para la fijación de precios (por ejemplo, para los casos de mantenimiento de precios de reventa- *resale price maintenance*). Esto se justifica en la propia guía, al señalar que los acuerdos verticales son “*hasta cierto punto, visibles en el mercado y, por lo tanto, autodetectables a lo largo del tiempo*”.

En cuanto a los tipos de clemencia, el programa desarrollado en Reino Unido establece dos tipos:

<sup>41</sup> Para la Comisión Europea el concepto de Valor añadido significativo hace referencia a la medida en que la evidencia fortalece, por su sola naturaleza y/o su nivel de detalle, la capacidad de la autoridad de competencia de probar el presunto cártel. Ver el Modelo del Programa de Clemencia de la Red Europea de Competencia, disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf)

- Clemencia Tipo A (inmunidad): para el primer solicitante cuando no existe todavía una investigación sobre la conducta.
- Clemencia Tipo B: Para el primer solicitante, si existe una investigación previa, pero no se han levantado cargos o imputado la conducta.
- Clemencia Tipo C: Para el segundo y posteriores solicitantes, o el líder si ha ejercido coerción, antes de que se hayan levantado los cargos o imputado la conducta.

Cabe destacar que en el caso de la Clemencia Tipo A es necesario que la información aportada sea suficiente para poder iniciar una investigación, en tanto que en los casos de las clemencias Tipo B y Tipo C, se requiere que la información que se aporta tenga un valor agregado significativo. Asimismo, en los casos de la Clemencia Tipo A y Tipo B se puede otorgar la exoneración total de la sanción (inmunidad), en tanto que en la Clemencia Tipo C solo se puede otorgar hasta el 50% de reducción de la sanción.



Respecto a la confidencialidad y seguridad de la evidencia, la guía de la autoridad de competencia de Reino Unido recomienda que las empresas mantengan listados de todos los empleados o directores actuales y anteriores que estén al tanto de la solicitud de clemencia y que tengan acceso a material potencialmente relevante. Asimismo, se señala que se debe solicitar a cada uno de estos individuos que firmen una declaración de que respetarán la estricta confidencialidad y que no eliminarán, destruirán, manipularán ni interferirán de otro modo con el material potencialmente relevante. Se recomienda también que se asegure el material potencialmente relevante, en la medida de lo posible, para evitar su destrucción o manipulación.



Por otro lado, la guía señala que no utilizará la información que un posible solicitante de clemencia haya proporcionado para ningún otro propósito que no sea permitirle establecer si existe algún tipo de clemencia disponible. Asimismo, la autoridad se compromete a que no intentará establecer la identidad de la empresa solicitante. Es decir, la autoridad se compromete a no intentar llegar a la identidad del solicitante a partir de la información brindada.



Otro aspecto a destacar es que la guía considera que cuando un solicitante, en cualquier caso, actúa de mala fe y/o no coopera completamente, la autoridad de competencia (Office of Fair Trading, OFT) se reserva el derecho de usar la información derivada de un contacto o solicitud contra el solicitante fallido (y cualquier tercero). No obstante, en tales circunstancias, se señala que la OFT debe considerar si el uso de la información hace que sea justo y razonable otorgar una reducción de cualquier multa que se pueda imponer al solicitante fallido. En la legislación peruana no se ha regulado expresamente la posibilidad de acceder a la exoneración o reducción frente a este tipo de casos, por lo que únicamente existe la posibilidad de emplear la información obtenida, sin otorgar beneficio por ello, debido a hechos atribuibles al solicitante.

- Alemania



En Alemania, la autoridad de competencia, Bundeskartellamt, también ha desarrollado un programa de clemencia dirigido a aquellos que han participado en cárteles. Cabe destacar

que en este caso se sancionan tanto los acuerdos horizontales como los acuerdos verticales, llamados también cárteles<sup>42</sup>.

El programa de clemencia en Alemania garantiza la inmunidad para el primer solicitante, siempre que colabore con la investigación, no haya sido el líder y no haya ejercido coerción sobre los otros participantes. Además, el programa de clemencia de Alemania establece descuentos de hasta 50% sobre la multa para los subsiguientes solicitantes de los beneficios del programa de clemencia, siempre que colaboren con la investigación<sup>43</sup>.

Respecto a la aplicación del programa de clemencia, la autoridad de competencia señala que solo es aplicable en casos de acuerdos horizontales, no restringiendo su aplicación a determinados tipos de acuerdos entre competidores (como podrían ser los llamados *hard core cartels*). Sin embargo, la propia autoridad de competencia señala que para otras infracciones que afecten la competencia, como por ejemplo, una fijación vertical de precios, “la cooperación prestada por los solicitantes también se puede tener en cuenta como un factor atenuante en el cálculo de las multas”<sup>44</sup>. En ese sentido, si bien los acuerdos verticales no están explícitamente en el ámbito del programa de clemencia, y por lo tanto no se otorga inmunidad a ninguno de los participantes, la cooperación de los investigados que han participado de este tipo de conductas es considerada para la reducción de las sanciones.

Dentro de las obligaciones de cooperación, se establece que la compañía que solicita cogerse al programa de clemencia debe nombrar a todos los empleados involucrados en el acuerdo colusorio (incluyendo ex empleados) y asegurarse de que todos los empleados, e quienes se puede requerir información y evidencia, cooperen totalmente y de forma continua con la autoridad de competencia durante el procedimiento.

- México

En el caso de México, es importante destacar la existencia de dos guías del programa de clemencia (Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones) que han sido desarrolladas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, y por la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), para el resto de sectores de la economía mexicana.

Debe destacarse que ambas guías son muy similares. Así, por ejemplo, ambas señalan tener por objetivo establecer una herramienta de información y orientación sobre la aplicación del programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones en sus respectivos sectores. Asimismo,

<sup>42</sup> BUNDESKARTELLAMT (2016). *Effective cartel prosecution. Benefits for the economy and consumers*, pp. 5.

Disponible en: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Brosch%C3%BCren/Brochure%20-%20Effective%20cartel%20prosecution.pdf>

<sup>43</sup> Ver: Notice Nº 9/2006 of the Bundeskartellamt on the immunity from and reduction of fines in cartel cases - Leniency Programme. Disponible en:

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Notice%20-%20Leniency%20Guidelines.pdf>

<sup>44</sup> BUNDESKARTELLAMT (2016), *Effective cartel prosecution. Benefits for the economy and consumers*, pp. 21.



las guías del IFT y de la COFECE se aplican únicamente para las conductas monopólicas absolutas, es decir, aquellas que se analizan bajo la regla *per se*. Esto se debe a que desde la Ley Federal de Competencia Económica de México se establece que este beneficio se aplica únicamente en los casos de prácticas monopólicas absolutas.

Respecto a la tramitación de la solicitud, tanto el IFT como la COFECE asignan a los solicitantes una clave alfanumérica que identifica la solicitud y busca proteger la identidad del solicitante. Asimismo, ambas entidades contemplan la realización de una reunión con los solicitantes con la finalidad de recibir la información y documentación para el inicio de una investigación.

