

UNA PREOCUPANTE REALIDAD: LA INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO SOBRE LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ

Luis Miguel León Luna

Una preocupante realidad: la inobservancia del Principio de Razonabilidad en el procedimiento sobre libre competencia en el Perú

Diciembre 2021



Luis Miguel León Luna

Abogado por la Universidad de Lima, con Maestría en Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia (España). Socio Fundador de León e Iparraguirre Abogados y Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima. Es Profesor en la Escuela de Post-Grado y en los programas corporativos de Post-Grado de la Universidad del Pacífico, así como en la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

I. INTRODUCCIÓN

¿La aplicación de multas para sancionar prácticas anticompetitivas puede apartarse del principio de razonabilidad en la legislación peruana por más graves que sean este tipo de conductas? Ésta es la interrogante que pretenderá ser absuelta en las siguientes líneas, en atención a una realidad advertida a nivel casuístico y que está vinculada a la elevada cuantía de las sanciones pecuniarias impuestas por la autoridad peruana competente, es decir, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI (en adelante, “INDECOPI”).

Los primeros años de vida del INDECOPI fueron marcados por la instauración de casos que sirvieron para iniciar un proceso progresivo de persuasión frente a los agentes económicos, con el propósito de llamar su atención en el sentido de provocar su reflexión acerca de la ilegalidad e inconveniencia de las prácticas anticompetitivas para los efectos de la eficiencia del mercado, valiéndose para ello de la imposición de sanciones pecuniarias que no tuvieron en ese primer momento dimensiones desmesuradas, debido a la novedad de dicha incipiente legislación y su aún tímida difusión e internalización en el desarrollo de las actividades empresariales.

Pues bien, luego de prácticamente tres décadas de existencia y de haberse convertido en una de las principales instituciones gubernamentales en el Perú, el INDECOPI en la actualidad ha endurecido significativamente el rigor en cuanto al análisis de los casos en materia de libre competencia y respecto de la aplicación de sanciones a los sujetos involucrados en presuntas prácticas anticompetitivas, situación que, evidentemente, se explica por el hecho de que hoy no resultan ya atendibles las eventuales justificaciones apoyadas en el desconocimiento de la normativa sobre dicha materia y porque precisamente la consciencia por parte de los agentes económicos en cuanto a la existencia de ésta repercute en que las prácticas ilícitas de este tipo hayan adquirido un nivel de sofisticación cada vez mayor por sus participantes, con el claro propósito de eludir sus alcances y así intentar que tales conductas terminen pasando lo más desapercibidas posibles.

Al respecto, pareciera resultar ciertamente atendible la indicada postura actual del INDECOPI a efectos de reprimir con dureza a aquellos sujetos que participan en la adopción de prácticas anticompetitivas, porque claramente las conductas de este tipo son perjudiciales desde cualquier punto de vista, afectando tanto a

los demás competidores como a los consumidores y al mercado en general. Sin embargo, pareciera que ese rigor punitivo adoptado por el INDECOPI durante los últimos años ha adquirido niveles de tal envergadura, que surgen verdaderas dudas en la actualidad respecto de la conveniencia de que bajo la justificación de reprimir duramente prácticas altamente reprochables, se terminen aplicando sanciones de proporciones tan elevadas que pongan en riesgo la propia permanencia en el mercado de los sujetos infractores.

La problemática antes descrita amerita una reflexión, pues más allá de la especificidad de la normativa en materia de libre competencia, no puede perderse de vista el hecho de que, en última instancia, las potestades punitivas estatales se sujetan a los parámetros de garantía de los que gozan todos los administrados sin excepción alguna y que se encuentran consagrados en la normativa administrativa general, la misma que dentro de sus principios rectores fundamentales contempla el de Razonabilidad. Así, dicho principio pretende orientar las sanciones administrativas a un propósito disuasivo y aleccionador mas no destructivo hacia los sujetos infractores, de tal manera que lo que se debe buscar es que éstos comprendan las implicancias de sus acciones y asuman el firme propósito de no volver a cometerlas, lo que naturalmente será imposible de materializar si éstos terminan siendo objeto de multas de tan grueso calibre, que les ocasionará un descalabro económico irreversible que los condene a la desaparición.

De esta forma, la materia en cuestión reviste una particular relevancia, toda vez que el apartamiento del Principio de Razonabilidad por parte de los órganos resolutivos del INDECOPI, pone en tela de juicio la propia naturaleza y finalidad del sistema de represión de conductas anticompetitivas y, en atención a ello, surge la necesidad de replantear algunos aspectos, con el propósito de corregir tal distorsión en el ejercicio de las potestades punitivas estatales anteriormente descritas y así encaminarlas hacia un equilibrio frente a la proporcionalidad que se requiere para su correcta aplicación.

II. ACERCA DE LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA PERUANA DE CARÁCTER GENERAL

El año 2001 marcó un hito importante en la historia de la legislación administrativa peruana, al entrar en vigencia la Ley N° 27444, *Ley del Procedimiento Administrativo General*, norma de naturaleza garantista que vendría a modernizar el Derecho Administrativo peruano, dejando de lado la tendencia de los cuerpos normativos antecesores, que orientaban sus propósitos a dejar clara la prevalencia del Estado frente a las personas naturales o jurídicas privadas que tomaran contacto con él con motivo de la tramitación de procedimientos administrativos seguidos ante las distintas dependencias que forman parte de la Administración Pública.

De esta forma, el mencionado cuerpo legal introdujo un paquete de disposiciones lo suficientemente amplio como para poder constituirse verdaderamente en una norma de aplicación supletoria para todos los ámbitos dentro de los distintos procedimientos administrativos que se siguen ante todas las entidades estatales, sin excepción alguna e independientemente de su forma jurídica y competencias. Hoy, veinte años después y, más allá de algunas modificaciones y actualizaciones a la referida norma -las cuales han sido consolidadas en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, *Ley del Procedimiento Administrativo General*, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el "TUO de la LPAG")- ésta se mantiene plenamente vigente y resulta de suma utilidad para la adecuada tramitación de los procedimientos administrativos, tanto para la Administración Pública como para los administrados.

Pues bien, dentro de las distintas materias reguladas en el TUO de la LPAG, una de las más relevantes es la potestad sancionadora de la Administración Pública, la cual consiste en el ejercicio de sus facultades de

punición, destinadas a reprimir a través de la imposición de una sanción a los administrados cuya actuación se aparte del ordenamiento jurídico, siendo uno de los propósitos del régimen sancionador disuadir a los infractores de incurrir nuevamente en el futuro en conductas de similar naturaleza.

Precisamente, para el ejercicio de la potestad punitiva atribuida a los órganos estatales, el TUO de la LPAG posee un mecanismo idóneo para tales efectos, que es el procedimiento sancionador, que puede definirse como el conjunto de actuaciones y diligencias tramitadas ante las entidades gubernamentales, conducentes a la emisión de un acto administrativo -es decir, aquella manifestación de voluntad de éstas que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre los administrados- mediante el cual, luego de las investigaciones pertinentes y de otorgarle al investigado la oportunidad de plantear su defensa, se determina la posible comisión de infracciones administrativas y la aplicación de las consecuentes sanciones a los infractores.

Sin embargo, el ejercicio de la potestad punitiva estatal debe sostenerse en la preservación de las garantías elementales del administrado que es investigado, lo que finalmente tiene varios propósitos, tanto de naturaleza principista como práctica. En efecto, el hecho de cuidar que un imputado por la contravención del ordenamiento jurídico dentro de un procedimiento sancionador tenga la oportunidad de defenderse, de presentar pruebas que demuestren su inocencia, entre otras garantías, contribuye a la legitimación del sistema sancionador, pues, por ejemplo, ayuda a evitar la arbitrariedad del Estado, contribuye a la búsqueda de pronunciamientos justos y coherentes y disminuye la posibilidad de que los infractores eludan el cumplimiento de los actos administrativos que les impongan sanciones, amparándose en la vulneración de sus derechos mediante fallos contrarios a las garantías procedimentales mínimas.

En ese sentido, resulta evidente la importancia del procedimiento sancionador como una herramienta destinada a encaminar las actuaciones que debe llevar a cabo la Administración Pública para determinar la responsabilidad administrativa de un sujeto y que derive en la imposición de una sanción. Esto explica que el legislador peruano, a través del TUO de la LPAG, se haya preocupado de identificar los lineamientos generales trascendentales en el marco del ejercicio procedimental de la actividad sancionadora y, con motivo de ello, haya introducido un listado de principios para delimitar los alcances de la potestad punitiva estatal, destacando precisamente el Principio de Razonabilidad, orientado a que, al aplicarse sanciones, se deban obligatoriamente observar parámetros de proporcionalidad y objetividad, de tal manera que se logre un propósito disuasivo en el infractor y no que se le apliquen consecuencias de tal magnitud que le generen perjuicios desmesurados y/o irreversibles.

En ese sentido, el Principio de Razonabilidad es un precepto normativo previsto en el TUO de la LPAG¹ para ser aplicado por cualquier entidad estatal sin excepción alguna y se erige como uno de los pilares fundamentales de la regulación administrativa, siendo su propósito el de limitar, en general, cualquier actuación de la Administración Pública que suponga la imposición de sanciones desproporcionadas. En efecto, dicho principio supone el reconocimiento de la necesidad de un régimen sancionador

¹ **TUO de la LPAG.** "Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. *Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:*

a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

b) El perjuicio económico causado;

c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;

d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;

e) El beneficio ilegalmente obtenido; y

f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor".

que, sin dejar de ser aleccionador, cuente con parámetros de proporcionalidad y medida, de modo que la imposición de sanciones se lleve a cabo con los mayores niveles de objetividad posibles y así desincentivar situaciones de arbitrariedad.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto y, pese a que pareciera una obviedad la importancia medular del Principio de Razonabilidad, lo cierto es que dicho precepto resulta siendo relativizado e incluso ignorado en la práctica por parte de distintas dependencias de la Administración Pública al momento de emitir pronunciamientos en los cuales debe determinarse la responsabilidad de un administrado dentro de un procedimiento sancionador, situación que debe ser corregida a efectos de contribuir a la preservación de la confianza que la ciudadanía busca tener en sus autoridades.

De esta forma, no cabe duda de que cualquier procedimiento sancionador regulado por alguna norma especial, sin excepción alguna, deberá ceñirse a los preceptos y garantías elementales previstas para los administrados en el TUO de la LPAG en cuanto al ejercicio de las potestades punitivas estatales, lo que naturalmente incluye la observancia del Principio de Razonabilidad para la aplicación de sanciones, pues de lo contrario, un apartamiento de dicho parámetro rector de la actuación estatal supondría una vulneración a la regulación administrativa. Evidentemente, esa obligación de respeto de los preceptos elementales de la normativa administrativa general no admite excepción alguna por parte de las entidades estatales y, por tanto, ello se extiende a las autoridades peruanas en materia de libre competencia, situación que lamentablemente pareciera haberse de cierto modo soslayado como veremos a continuación.

III. EL RÉGIMEN SANCIONADOR EN LA LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE LIBRE COMPETENCIA Y EL RIESGO DE COLISIÓN CON EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

En el año 2008 entra en vigencia en el Perú el Decreto Legislativo N° 1034, *Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas* -cuya versión actualizada y compilada se encuentra en el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, *Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas* (en adelante, el "TUO del DL 1034")-, norma que resulta ser bastante completa y moderna, lo que permite al INDECOPI resolver los casos contando con una base normativa sólida, actual y vigente.

A partir de la revisión transversal del TUO del DL 1034, se aprecia que el legislador, recogiendo los conceptos más relevantes de la doctrina moderna en materia de libre competencia y los criterios jurisprudenciales emitidos por los órganos resolutivos del INDECOPI, concibió un texto legal dotado de disposiciones tanto sustantivas como procedimentales, a fin de ordenar adecuadamente la tramitación de los procedimientos administrativos destinados a la investigación y eventual sanción de conductas anticompetitivas, entendiéndose por éstas tanto los casos de abuso de posición de dominio como aquellos referidos a prácticas colusorias.

En ese sentido, luego de desarrollar en su contenido distintos conceptos fundamentales de naturaleza sustantiva, el TUO del DL 1034 dedica un importante número de artículos a la regulación detallada del esquema procedimental que deberán seguir los órganos resolutivos del INDECOPI para la investigación y sanción de las conductas anticompetitivas. Al respecto, no debe perderse de vista que el procedimiento administrativo en materia de libre competencia es uno de naturaleza sancionadora, lo que demanda la necesidad de que la autoridad de competencia observe los parámetros garantistas previstos en el TUO de la LPAG, en especial la razonabilidad o proporcionalidad de las sanciones, que es lamentablemente un elemento que viene siendo dejado de lado a partir de la reciente historia jurisprudencial del INDECOPI, en

virtud a distintos factores que enunciaremos a continuación.

En primer lugar, el TUO del DL 1034 ha replicado la estructura orgánica descrita en la normativa administrativa general respecto de los procedimientos sancionadores, a partir de la cual se pretende diferenciar claramente a los órganos del INDECOPI encargados de la investigación y de la resolución de los casos vinculados a la represión de las conductas anticompetitivas. Así, en dicha norma se ha identificado, por un lado, a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI como órganos resolutorios de primera y segunda instancia respectivamente y, por otro lado, a las Secretarías Técnicas de ambos órganos resolutorios, las cuales tienen a su cargo -sobre todo aquella perteneciente a la primera instancia- las labores de investigación pertinentes.

No cabe duda de la importancia que debe otorgarle el Estado a combatir las prácticas anticompetitivas, dado el impacto negativo de éstas y tampoco podría cuestionarse la intensidad de las facultades de investigación de los órganos del INDECOPI -en especial la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, hoy llamada Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, la "DLC")-, pues a lo largo de la historia, la jurisprudencia peruana e internacional han recogido diversa casuística en la cual los investigados, con el propósito de mantenerse impunes, han desarrollado diferentes estrategias para eliminar información que pudiera incriminarlos, todo lo cual, sumado a la natural clandestinidad que buscan los agentes económicos que incurren en conductas contrarias a la libre competencia, hace que las labores de investigación de las autoridades revistan una singular dificultad.

Sin embargo, estando plenamente justificado el otorgamiento de sólidas facultades de investigación a la DLC, ello puede convertirse en un elemento peligroso para la preservación de las garantías mínimas de imparcialidad y objetividad que deben regir cualquier procedimiento sancionador, si dicho órgano llega a tener algún tipo de injerencia o intervención en la fase resolutoria, circunstancia que lamentablemente se ha venido observando de manera reciente cuando el referido órgano instructor interviene en la etapa decisoria de los expedientes administrativos destinados a la investigación y sanción de posibles conductas anticompetitivas, lo que influye en la imposición de sanciones desproporcionadas, resultando ello contrario al Principio de Razonabilidad².

En ese orden de ideas, siendo perfectamente entendible que la DLC cuente con las facultades legales necesarias para llevar a cabo una labor exhaustiva que permita el inicio y/o desarrollo de una investigación respecto de la posible adopción de prácticas anticompetitivas, el problema surge cuando después de haberse desarrollado la fase probatoria del procedimiento administrativo sancionador, la DLC no solamente se limita a elaborar su Informe Técnico -en el que se exponen las conclusiones derivadas de dicha investigación y se propone a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia la aplicación de una sanción o la exoneración de responsabilidad-, sino que dicho órgano instructor mantiene contacto directo con la Comisión en la deliberación para emitir el pronunciamiento final y, lo que es aún más cuestionable y ocurre con singular frecuencia, es que el referido Informe Técnico termina siendo prácticamente reproducido en la resolución de primera instancia, apreciándose ello con la simple revisión comparativa de ambos documentos, lo que no puede justificarse de modo alguno por la premura de los plazos legales para la emisión de los respectivos pronunciamientos.

² Esta problemática ha sido advertida, por ejemplo, en la emisión de la Resolución N° 104-2018-CLC-INDECOPI, de fecha 31 de diciembre de 2018, mediante la cual la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI sancionó en primera instancia a diversas personas naturales y jurídicas por la presunta configuración de prácticas colusorias en el mercado de comercialización del Gas Natural Vehicular (GNV). Al respecto, la discusión sobre este tema mantiene tal nivel de repercusión en la actualidad que, a raíz de dicho caso, se han generado diversos documentos nacionales y extranjeros a solicitud de algunas partes involucradas, en los cuales, recurriéndose a la imparcialidad de especialistas independientes, se desarrollan interesantes planteamientos críticos a la manera como se viene desnaturalizando en la práctica el modelo de separación de funciones entre la DLC y la Comisión.

En segundo lugar, el régimen de sanciones previsto en el TUO del DL 1034 básicamente comprende la regulación de dos aspectos, los cuales se encuentran vinculados, por un lado, con el monto tope de las posibles multas y, por otro lado, con la identificación de los criterios que deben utilizar los órganos del INDECOPI al momento de determinar la gravedad de la infracción y de graduar la correspondiente multa.

Así, por un lado, los montos de las posibles multas a ser impuestas por los órganos del INDECOPI en un procedimiento sancionador en materia de libre competencia se encuentran determinados en el Artículo 46° del TUO del DL 1034 de la siguiente manera:

“Artículo 46°.- El monto de las multas.

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

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

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,

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

Como puede apreciarse, el TUO del DL 1034 regula un régimen de sanciones en virtud del cual la autoridad de competencia peruana fijará las multas aplicables ante la detección de prácticas contrarias a la libre competencia -expresadas en Unidades Impositivas Tributarias (UIT)³-, calificando previamente tales conductas como leves, graves o muy graves, lo que dependerá de la aplicación de distintos criterios de graduación que se mencionarán más adelante y en virtud de los cuales se determinará la trascendencia y nocividad para el mercado de la conducta que es objeto de represión.

Ahora bien, pese a que el esquema consistente en categorizar las infracciones derivadas de la comisión de conductas anticompetitivas en muy graves, graves y leves debiera contribuir a la preservación de las garantías mínimas dentro del ejercicio de la potestad sancionadora del INDECOPI, surge un problema de técnica legislativa en cuanto al régimen de sanciones previsto en el TUO del DL 1034 y que, por cierto, no radica necesariamente en el monto de las multas susceptibles de ser aplicadas por la autoridad de competencia, sino, principalmente, en los factores tomados en cuenta por el texto anteriormente citado para efectuar la aplicación de los topes máximos en función a los ingresos percibidos por los sujetos investigados. En efecto, nótese que el citado Artículo 46° del TUO del DL 1034 se refiere a la aplicación de topes cuantitativos del 8%, 10% y 12% -dependiendo de si la infracción califica como leve, grave o como muy grave-, en función del total de las ventas o ingresos brutos del infractor o su grupo económico en todas sus actividades económicas, en

³ La Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es el parámetro de cálculo para determinar ciertas obligaciones en favor del Estado, tales como tasas administrativas por derechos de trámite y multas, siendo fijada a inicios de cada año. Para el ejercicio fiscal 2021, la UIT asciende a S/ 4,400.00 (US\$ 1,100.00 aproximadamente).

el año fiscal previo a la emisión de la respectiva resolución final, redacción que genera una problemática que se traduce justamente en el apartamiento del Principio de Razonabilidad objeto de comentario.

En cuanto al hecho de que el TUO del DL 1034 de 2008 permita a la autoridad tomar en cuenta para el cálculo de una multa tope las ventas o ingresos percibidos por el grupo económico del infractor, ello genera un peligro en cuanto al cumplimiento del Principio de Causalidad, previsto en la normativa administrativa general para que el Estado ejerza su potestad sancionadora contra el sujeto que efectivamente incurrió en la infracción investigada y no contra terceros ajenos a la controversia⁴. Así, utilizar como un criterio de cálculo los ingresos de entidades que, más allá de tener una eventual vinculación económica con el sujeto infractor, no tuvieron participación alguna en la conducta ilícita, constituiría una desnaturalización del procedimiento sancionador y generaría únicamente el incremento injustificado de la multa impuesta.

Al respecto, no debiera descartarse en una eventual reforma legislativa la eliminación de la referencia de las ventas o ingresos del grupo económico del investigado, toda vez que ello no guarda un correcto sentido de proporcionalidad, considerando que independientemente de la eventual vinculación que una empresa pudiera tener respecto de otras por razón de parentesco, gestión o propiedad, la imputación de una infracción se efectúa a una empresa y no a un grupo económico, lo que guarda plena coherencia con el mencionado Principio de Causalidad previsto en la legislación administrativa peruana, el mismo que precisamente persigue que al momento de la determinación de la responsabilidad administrativa se identifique con absoluta claridad al presunto infractor, es decir, aquel administrado que cometió la conducta ilícita y no a otro sujeto.

Otro elemento que resulta controvertido para la cuantificación de los topes de las multas a imponerse, resulta ser la referencia prevista en el TUO del DL 1034 a las ventas o ingresos brutos relativos a todas las actividades económicas del infractor. En efecto, en la actualidad resulta sumamente común que las empresas se dediquen a la fabricación de diversos productos y/o a la prestación de múltiples servicios -inclusive con órganos de administración y gestión diferentes y hasta con políticas de venta distintas- y, de esta forma, el régimen legal actual genera la distorsión de que se termine considerando para el cálculo de una multa derivada de la adopción de una práctica anticompetitiva en un producto o servicio en particular, los ingresos percibidos en la comercialización de productos o servicios respecto de los cuales no se ha incurrido en infracción alguna.

Por su parte, un elemento adicional que resulta cuestionable para la cuantificación de los topes de las multas a imponerse, resulta ser la referencia prevista en el TUO del DL 1034, en el sentido de que la autoridad de competencia pueda utilizar como base de cálculo las ventas o ingresos brutos del infractor, pues, en todo caso, el esquema más apropiado para dicho ejercicio matemático debiera valorar de manera especial las utilidades luego de impuestos, debido a que este último concepto refleja más fielmente la ganancia percibida efectivamente por una empresa, evitándose las distorsiones generadas por el régimen actual, donde las multas pueden superar las ganancias efectivas del infractor, poniendo ello inclusive en riesgo su permanencia en el mercado.

4 En relación con el Principio de Causalidad, cabe citar el Artículo 248° del TUO de la LPAG de 2001, el cual dispone expresamente lo siguiente:

“Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

(...)”.

En efecto, una alternativa a plantearse respecto del texto legal vigente podría orientarse a que se deje de utilizar como base de cálculo del tope de las multas las ventas o ingresos brutos del infractor y, más bien, se tomen en cuenta las utilidades contables u operativas luego de impuestos, debido a que este último concepto refleja con claridad la ganancia percibida efectivamente por una empresa luego de restar factores tales como gastos operativos, impuestos y otras deducciones. De esta forma, este posible esquema permitiría que se apliquen multas tomando como base de cálculo los montos que representan las ganancias efectivas de las empresas y no simplemente sus ingresos, pues ello podría generar que la autoridad de competencia termine calculando una sanción pecuniaria que pudiera superar sus ganancias, lo que podría llevar a supuestos en lo que, por ejemplo, una empresa con cuantiosas pérdidas o con un elevado apalancamiento bancario termine pagando una multa de considerables proporciones que podría generar un deterioro financiero que la lleve a una delicada situación o incluso a una eventual desaparición.

De manera adicional, más allá de la falta de idoneidad de los referidos criterios previstos en el TUO del DL 1034 para la fijación de topes de multas, existe un factor adicional considerado en el régimen de sanciones previsto en el TUO del DL 1034 que debiera resultar de utilidad para que el INDECOPI, en último caso, evite apartarse de los parámetros elementales de proporcionalidad y coherencia. Así, dicho factor consiste en la utilización de los criterios previstos para determinar la gravedad de una conducta infractora, según se aprecia en el Artículo 47° de dicho cuerpo legal:

“Artículo 47°.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa. La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;*
- b) La probabilidad de detección de la infracción;*
- c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;*
- d) La dimensión del mercado afectado;*
- e) La cuota de mercado del infractor;*
- f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;*
- g) La duración de la restricción de la competencia;*
- h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,*
- i) La actuación procesal de la parte”.*

Pues bien, a partir de la revisión de la disposición anteriormente citada, se aprecia que ésta se constituye como una evidente manifestación del Principio de Razonabilidad previsto en el TUO de la LPAG antes comentado, el cual recoge una relación de criterios de graduación de sanciones de análoga naturaleza, con la única salvedad de que el TUO del DL 1034 incorpora algunas variables con una terminología propia de la represión de conductas anticompetitivas, tales como la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor o el efecto y duración de la restricción de la competencia.

En consecuencia, la poca pertinencia de los criterios previstos en el TUO del DL 1034 para la determinación del tope de las multas a imponerse a los agentes económicos infractores de la normativa sobre libre competencia -es decir, las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, las ventas o ingresos brutos del grupo económico del investigado y las ventas o ingresos brutos relativos a todas las actividades económicas del investigado-, no debiera de modo alguno convertirse en una justificación para apartarse del Principio de Razonabilidad al momento de cuantificar una sanción pecuniaria, pues precisamente el citado Artículo 47° de dicho cuerpo legal ha impuesto al INDECOPI la ineludible obligación de observar dicho

parámetro, utilizando todos los factores pertinentes que le permitan graduar las multas de tal manera que éstas terminen siendo justas, equilibradas y coherentes.

IV. LA PROBLEMÁTICA EN LA CASUÍSTICA DEL INDECOPI RESPECTO DE LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Tal y como ha sido mencionado anteriormente, la aplicación de sanciones por parte del INDECOPI viene evidenciando una problemática que merece una especial atención, con el fin de no restarle legitimidad a la actuación de los mismos en el ejercicio de sus funciones, debido a la desnaturalización del verdadero propósito del régimen sancionador previsto en el TUO del DL 1034.

Al respecto, tal y como se ha dicho, la problemática en cuestión se manifiesta en una sucesión de diversos factores: (i) la relativización de la separación de las funciones de instrucción y de resolución inherentes a los órganos competentes del INDECOPI, debido a la cada vez mayor participación de la DLC en el proceso de deliberación y emisión de los pronunciamientos definitivos en materia de represión de conductas anticompetitivas; y, (ii) la utilización para el cálculo de los topes de las multas aplicables a los sujetos infractores de factores que terminan distorsionando dicha cuantificación, tales como el total de las ventas o ingresos brutos del infractor o de su grupo económico en el desarrollo de todas sus actividades. Ahora bien, a ello debe agregarse la omisión que viene apreciándose por parte del INDECOPI en cuanto a la aplicación adecuada de los criterios de graduación de sanciones previstos en el TUO del DL 1034, lo que redundaría en una percepción negativa en cuanto al ejercicio de las facultades sancionadoras de dicha entidad cuando se castigan comportamientos que resultan ser anticompetitivos.

En ese orden de ideas, no se discute de modo alguno la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico peruano se cuente con una normativa sólida en materia de represión de prácticas anticompetitivas y con autoridades lo suficientemente robustas a nivel de la atribución de sus facultades para poder investigar y sancionar este tipo de comportamientos, dada su especial gravedad, siendo que su configuración origina una real y significativa afectación al mercado en general. Sin embargo, con la misma firmeza e intensidad con la que el Estado debe prever los mecanismos necesarios para evitar la impunidad de aquellas conductas que resulten contrarias a la libre competencia, debe garantizarse el pleno respeto de las garantías procedimentales básicas de los sujetos investigados por la adopción de las mismas, siendo fundamental para tales efectos que las sanciones que se impongan terminen siendo justas, equilibradas y coherentes, situación que lamentablemente no se viene apreciando en la práctica.

En efecto, resulta importante asumir una posición crítica en cuanto a la manera como el INDECOPI viene llevando a la práctica el ejercicio de sus funciones, toda vez que detrás de ello no está solamente la protección de los derechos fundamentales de los investigados ni la necesidad de cuidar la extralimitación de las atribuciones propias de dicha entidad, sino, en estricto, la preservación de la propia seriedad del sistema peruano de libre competencia, pues la recurrente imposición de sanciones distantes de parámetros de proporcionalidad y coherencia viene propiciando la percepción de que dicha postura podría originarse en un afán de recaudación incentivado en la consideración de las multas como la principal fuente de ingresos del INDECOPI⁵.

⁵ A modo de ejemplo, cabe referirnos nuevamente a la Resolución N° 104-2018-CLC-INDECOPI, de fecha 31 de diciembre de 2018, mediante la cual la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI sancionó en primera instancia a diversas personas naturales y jurídicas por la presunta configuración de prácticas colusorias en el mercado de comercialización del Gas Natural Vehicular (GNV) y, adicionalmente, resulta pertinente mencionar, por un lado, la Resolución N° 80-2021/CLC-INDECOPI, de fecha 15 de noviembre de 2021, a través de la cual la misma Comisión sancionó a diversas personas naturales y jurídicas por la presunta configuración de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública en el mercado de obras públicas y, por otro lado, la Resolución N° 015-2021/CLC-INDECOPI, de fecha 5 de mayo

Precisamente, tal y como ha sido desarrollado anteriormente, el Principio de Razonabilidad se encuentra consagrado en la normativa administrativa general con la finalidad de que el ejercicio de la acción punitiva por parte de las entidades estatales sirva para reprimir de manera eficiente las conductas infractoras y así revertir sus efectos negativos, pero de manera equilibrada y justa, lo cual implica que la decisión sobre el administrado tenga un efecto disuasivo pero que no debe ser excesiva al punto de decantar en una medida arbitraria, sino responder a lo estrictamente necesario para satisfacer su cometido, siendo la sanción proporcional al incumplimiento calificado como infracción, lo que, lamentablemente, no viene siendo tomado en cuenta por el INDECOPI al momento de emitir sus respectivos pronunciamientos.

Como es lógico, la obligatoria observancia del Principio de Razonabilidad se extiende a todos los órganos de la Administración Pública sin excepción alguna, no pudiendo el INDECOPI abstenerse o excusarse de su aplicación al momento de resolverse controversias asociadas a prácticas anticompetitivas en mérito a la especialidad de la legislación que regula dicha materia, siendo que el referido principio elemental de la potestad sancionadora no admite excepción alguna en cuanto su aplicación. Por el contrario, es justamente dentro de un régimen de especial rigor como aquel referido a la represión de conductas anticompetitivas donde los órganos facultados para la imposición de sanciones tienen, con mayor razón, la obligación de observar el principio materia de comentario, toda vez que ello permitirá ejercer sus atribuciones punitivas sin incurrir en arbitrariedades que acarreen perjuicios irreparables a los investigados.

Sin embargo, pese a la evidente necesidad en cuanto a la aplicación del Principio de Razonabilidad por parte de cualquier órgano de la Administración Pública de acuerdo a la normativa administrativa peruana y su natural relevancia en materia de libre competencia, en términos prácticos el INDECOPI ha venido apartándose del mismo durante los últimos años, a través de la imposición de sanciones pecuniarias que, lejos de conseguir su natural propósito disuasivo, terminan resultando carentes de proporcionalidad y coherencia, tornándose en impagables tal y como ocurre en los casos antes aludidos a modo de ejemplo, situación sobre la cual dicha autoridad estatal pareciera no llegar a comprender que podría ocasionarles perjuicios irreparables, no resultando ello deseable desde la óptica del principio en cuestión.

En efecto, resulta preocupante que en recientes pronunciamientos el INDECOPI venga imponiendo multas de un valor tal que los agentes económicos que resultan ser destinatarios de las mismas llegan a la conclusión de que no tendrán los medios económicos suficientes para poder afrontarlas y que, por el contrario, se verán forzados a replantear la continuidad de sus operaciones. En ese sentido, más cuestionable aún resulta el hecho de que el INDECOPI al momento de aplicar tales multas viene cometiendo diversos errores e inconsistencias, tales como: (i) no solicitar a los imputados los ingresos generados a efectos de aplicar los topes legales de las multas antes mencionados; (ii) considerar el Impuesto General a las Ventas (IGV o IVA en otros países) como parte integrante de los precios a ser considerados para la valoración del supuesto beneficio ilícito originado por la conducta investigada; (iii) no haber tomado en cuenta el muy escaso margen de ganancias que se obtiene por la venta de los productos objeto de investigación; o, (iv) no valorar el estado de insolvencia declarado respecto de algún imputado por el propio INDECOPI como autoridad concursal competente⁶, lo que naturalmente genera su imposibilidad de contar con los flujos necesarios para asumir

de 2021, que declaró fundada la imputación formulada en contra de distintos agentes económicos respecto de una supuesta práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones, concursos y otras formas de contratación o adquisición pública en el mercado de servicios de impresiones gráficas de material educativo.

En estos casos -en los cuales, por cierto, el autor tiene la oportunidad de participar en la defensa de varios de los sujetos imputados-, las sanciones impuestas resultan de una envergadura tan grande, que generan el riesgo de ocasionar un daño irreparable a los agentes económicos sancionados.

6 Esta insólita e incorrecta circunstancia ha sido advertida de manera especial en la Resolución N° 80-2021/CLC-INDECOPI, de fecha 15 de noviembre de 2021, a través de la cual la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI sancionó a diversas personas naturales y jurídicas por la presunta configuración de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública en el mercado de obras públicas.

el pago de multas de gran dimensión.

Sobre el particular, cabe advertir que, según se ha mencionado precedentemente, el TUO del DL 1034 le impone al INDECOPI la obligación de tener en consideración, **entre otros**, determinados criterios para la graduación de las multas a ser impuestas a los sujetos imputados por la comisión de prácticas anticompetitivas, tales como el beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, etc., sin que dicho listado de factores excluya algunos otros elementos de análisis, como podría ser, por ejemplo, la capacidad real de pago de una multa por parte de los investigados, lo que a su vez podría incluir la valoración de la situación concursal de los mismos o las consecuencias sobre ellos de coyunturas específicas que pudieran afectarlos, como podría ser la pandemia aún vigente, catástrofes naturales u otros factores.

En ese orden de ideas, dicha tendencia del INDECOPI, advertida durante los últimos años, resulta ser cuestionable desde distintos puntos de vista que pueden ser enunciados a continuación:

1. Desde una perspectiva conceptual y legal, la fijación de multas en los términos expuestos pierde su necesario carácter disuasivo, pues se corre el riesgo de impedir que el infractor pueda tener una nueva oportunidad para demostrar que no volverá a incurrir en una nueva infracción y, asimismo, vulnera el mencionado Principio de Razonabilidad, pues tales sanciones carecen de proporcionalidad y coherencia en cuanto a los montos calculados por el INDECOPI.
2. Desde el punto de vista de la empatía e impacto social, se deja de lado que detrás de la imposición de una multa impagable, y que, por tanto, eventualmente puede generar el cierre de un negocio, existen familias que pueden ver peligrar su sustento a partir de la pérdida de puestos de trabajo.
3. Desde la óptica del sentido común y la practicidad, el INDECOPI parece que no logra entender que, siendo las multas su más importante fuente de ingresos, el hecho de que el monto de éstas carezca de razonabilidad no hace sino perjudicar enormemente su cobro efectivo, dada la proliferación de acciones legales a nivel judicial para cuestionar hasta la última instancia posible su pertinencia.

Lamentablemente, el INDECOPI viene incurriendo en un error al asumir que su labor al momento de graduar las multas se debe limitar a realizar cálculos matemáticos asociados al beneficio ilícito obtenido de la conducta imputada o al daño ocasionado al mercado para, con tales variables, arribar a un monto final de la multa a imponerse que termina siendo de dimensiones exorbitantes, poniendo en riesgo la propia subsistencia de los infractores. Tal situación podría evitarse si dicha entidad asumiera cabalmente su obligación de aplicar el Principio de Razonabilidad cuando la multa preliminarmente calculada termina siendo de una magnitud desmesurada, para así lograr que su cuantía final quede graduada bajo parámetros de proporcionalidad y equilibrio.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La problemática advertida en cuanto al apartamiento sostenido de parte del INDECOPI respecto del Principio de Razonabilidad se origina en diversos aspectos que finalmente terminan influyendo en la determinación de sanciones que resultan desproporcionadas, que van desde la desnaturalización de una auténtica separación de las funciones de investigación y resolución dentro de la estructura orgánica de la autoridad de competencia, la incorrecta regulación legal de los topes aplicables a las multas a ser impuestas como consecuencia de la adopción de prácticas anticompetitivas y la emisión constante de criterios jurisprudenciales apartados de los mínimos niveles de proporcionalidad, coherencia y justicia para el cálculo de las multas.

Ello no sólo perjudica irremediablemente a los agentes económicos que deben asumirlas, sino que contribuye lamentablemente a la pérdida de la credibilidad y confianza que debe tener la ciudadanía respecto del sistema de represión de conductas anticompetitivas. Así, ello genera la percepción de que tal postura del INDECOPI pareciera originarse en un afán de recaudación o en la obtención de réditos políticos o mediáticos, todo lo cual no puede justificar de modo alguno una vulneración de los derechos de los administrados en los términos de quedar expuestos a la arbitrariedad estatal, materializada a través de la imposición de multas que pueden generarles daños irreversibles.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Luis Miguel León Luna, "Una preocupante realidad: la inobservancia del Principio de Razonabilidad en el procedimiento sobre libre competencia en el Perú", *Investigaciones CeCo* (diciembre, 2021),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile