

JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE PERÚ

Fernando Ballon Estacio y Sebastián Carruitero Cárdenas

Justicia restaurativa en el derecho de la competencia de Perú

Noviembre 2022



Fernando Ballon Estacio

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Oficial de Cumplimiento, con Diploma en Derecho y Política de la Competencia por la Universidad de Chile. Cursa el Magíster en Regulación de la Universidad Adolfo Ibáñez y es Director del Instituto de Competencia y Regulación de la UNMSM.



Sebastián Carruitero Cárdenas

Bachiller en Derecho por la Universidad San Martín de Porres con Título de Experto en Derecho de la Competencia por la Universidad Carlos III de Madrid.

I. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA RESTAURATIVA Y *RESPONSIVE REGULATION*

La justicia restaurativa es un método para hacer frente a las faltas u ofensas cometidas en una comunidad que reposa en una “lógica muy particular y muy diferente”¹ a la forma adversarial y estigmatizante – enfocada en el merecimiento y el castigo – en que tradicionalmente componemos los conflictos en una sociedad. Este método parte de reconocer a todos como igualmente capaces de “entender, de dar un paso atrás, de repensar lo que se ha hecho”², de restaurar lo perdido antes que retribuir y de reafirmar los compromisos sociales a través de la reprobación³. Así, la justicia restaurativa es “un método para reunir a todas las partes interesadas en un diálogo no dominado sobre las consecuencias de una injusticia y lo que se debe hacer para corregirla”⁴.

Entre otras, las ventajas de esta aproximación son el empoderamiento de las víctimas y la legitimación del sistema regulatorio del que se trate. En efecto, mediante la reprobación y la reparación, las víctimas se recuperan de la devaluación de la que habían sido objeto, mientras que a quienes ofenden, allí donde es posible, se les trata de persuadir y de comprometerse voluntariamente a corregir su comportamiento. Todo ello supone, ciertamente, una particular concepción normativa de la vida en comunidad imbuida por los desarrollos teóricos del republicanismo⁵ y la democracia deliberativa⁶.

Braithwaite ha estudiado teórica y empíricamente las relaciones entre *responsive regulation* y justicia restaurativa⁷, demostrando que es posible incluir los valores que esta última supone a la forma en que se regula la actividad

1 GARGARELLA, Roberto (2022), *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal*, Segunda edición, Siglo Veintiuno Editores. Páginas 19 y ss.

2 Ibidem. Página 20.

3 BRAITHWAITE, John y PETTIT, Philip (2015), No sólo su merecido. *Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Siglo Veintiuno Editores. Página 109 y ss.

4 BRAITHWAITE, John (2002), *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press. Página 12.

5 BRAITHWAITE, John y PETTIT, Philip, *Óp. cit.*

6 GARGARELLA, Roberto, *Óp. Cit.*

7 Ver también BRAITHWAITE, John (2016), “*Restorative justice and responsive regulation: The question of evidence*”, *RegNet Research Paper*, No. 51 (revised), School of Regulation and Global Governance (RegNet).

económica. De este modo, los valores de la justicia restaurativa exigen una aproximación receptiva por parte del regulador, considerando la actitud de los distintos agentes y cómo se regulan a sí mismos. Por ello, Braithwaite ubica la justicia restaurativa en la base de la pirámide regulatoria, no solo por una cuestión de eficiencia, sino porque “genera legitimidad y, por lo tanto, cumplimiento”⁸. Podemos afirmar, entonces y contra lo que suele enfatizarse, que hablar de *responsive regulation* no es solo buscar estrategias para conseguir objetivos regulatorios de manera efectiva, si no de realizar valores esencialmente democráticos y republicanos.

De hecho, y para el caso que nos interesa en este artículo, el referido autor ha sostenido que, “al ser deliberativa, reparadora, pero capaz de escalar la aplicación de la ley”, la política de competencia es capaz de promover un desarrollo sostenible que realice los valores antes descritos, mientras que la “aplicación decididamente litigiosa de la competencia es menos probable que lo haga”⁹.

Por ello, en lo que sigue realizaremos un recuento de las herramientas habituales que poseen las autoridades de libre competencia en el mundo (sección II), para luego identificar aquellas de las que dispone la autoridad peruana, el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (“Indecopi”), analizando si estas se corresponden con los postulados de la justicia restaurativa y qué puede aportar este marco teórico para perfeccionarlas (sección III). Finalmente, ofrecemos unas notas conclusivas (sección IV).

II. SANCIONES Y REMEDIOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las autoridades encargadas de proteger y promover la libre competencia cuentan con tres objetivos fundamentales: i) terminar con las conductas infractoras y evitar la reincidencia de los sujetos infractores, ii) reestablecer el grado de competencia que existió o existiría de no haberse producido la conducta infractora, y iii) disuadir a los agentes económicos del mercado de no cometer conductas contrarias a la libre competencia¹⁰. Para llevarlos a cabo, disponen de distintas herramientas que se pueden dividir en dos categorías: las sanciones y los remedios¹¹.

En lo que respecta a las sanciones, estas se imponen a aquellos agentes económicos que han infringido la ley para desincentivar que ello vuelva a ocurrir en el futuro y obligar a los infractores a deshacerse de las ganancias obtenidas a razón del comportamiento ilegal, con la finalidad de que la comisión de la infracción no resulte más lucrativa que el cumplimiento de la ley¹². El desincentivo se genera tanto sobre los agentes económicos infractores como sobre los no infractores, para quienes las multas impuestas sirven de ejemplo de lo que podrían enfrentar.

Los remedios, a diferencia de las sanciones, tienen como fin corregir, aliviar o proteger la libre competencia en vez de penalizar o castigar a un infractor¹³. Dependiendo del régimen legal y práctica de

8 BRAITHWAITE, John (2002), *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press. Página 33.

9 BRAITHWAITE, John (2002), *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press. Página 234.

10 ALLENDESALAZAR, Rafael (2008), “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la Competencia”, en *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, ed. Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbò Juan, Marcial Pons. Páginas 22 – 24.

11 Ibidem. Página 24.

12 CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (2010), “Appropriate sanctions and remedies”, *Sixth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*. Página 4.

13 IOANNIDOU, Maria (2020), “‘Responsive’ Remodelling of Competition Law Enforcement”, *Oxford Journal Of Legal Studies*, N° 40(4) (2020). Página 851.

las autoridades de competencia de cada país, los remedios pueden ser impuestos de forma unilateral por parte de la autoridad o ser negociados y aprobados por la autoridad de libre competencia¹⁴.

Tradicionalmente los remedios en materia de libre competencia se dividen en dos categorías: los remedios estructurales y los remedios de comportamiento (o “conductuales”). Los remedios estructurales tienen como finalidad corregir los fallos estructurales del mercado dentro del cual se ha producido la infracción, ya sea aminorando la posición dominante de algún operador o introduciendo competencia adicional en el mercado, dejándose de lado el carácter disuasorio por uno cuasi-regulatorio¹⁵. Esto amerita un particular cuidado de parte de la autoridad que diseña el remedio, pues podría generar efectos adversos o no deseados en el mercado en cuestión. Otros ejemplos de posibles remedios estructurales comprenden la participación de terceros en la estructura accionarial de la empresa, la designación de uno o más directores, el otorgamiento de una o más filiales, la cesión de propiedad intelectual, etc.¹⁶.

Por el contrario, los remedios de comportamiento se materializan en la imposición de obligaciones de hacer o no hacer sobre el agente económico infractor. A través de ellos la autoridad de competencia busca reestablecer la libre competencia en el mercado afectado, limitando la libertad del agente infractor, ya sea restringiendo su capacidad de contratar con otros agentes económicos o limitando el ejercicio de sus derechos de propiedad¹⁷. Teniendo en cuenta que los remedios de comportamiento se limitan a establecer obligaciones sobre el agente económico infractor y no extiende sus efectos a otros agentes, estos presentan algunas ventajas importantes respecto a los remedios estructurales, como la posibilidad de adaptarse de mejor manera de acuerdo con las características específicas de cada empresa infractora. Sin embargo, persisten inconvenientes, como la complejidad de monitorear el cumplimiento de los remedios¹⁸.

Sin perjuicio de la categorización señalada, autores como Arthur Douglas han distinguido los diferentes tipos de remedios atendiendo a su función, dividiéndolos entre los remedios preventivos, destinados a prevenir nuevas infracciones a la libre competencia, y los restaurativos, destinados a subsanar los efectos persistentes de infracciones anteriores¹⁹. Estos últimos han sido adoptados por la Unión Europea a través del Reglamento N° 1/2003 del Consejo, aunque, como señala Maria Ioannidou, incluso fueron utilizados en tres casos anteriores a su emisión (Macron, Rover y el acuerdo de licenciamiento entre Sony y Phillips), permitiendo que aquellos se resuelvan de manera informal²⁰.

No obstante, es interesante notar que la adopción de estas políticas no pudo llegar a considerarse como verdadera justicia restaurativa. Para ello, se debería contemplar mínimamente: i) un proceso o conjunto de procesos en los que se permita la participación de las partes afectadas con mediación de la autoridad de competencia, ii) los procesos deben incluir a la mayor cantidad de agentes económicos interesados (no solo

14 CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *Óp. Cit.* Página 9.

15 MARCOS, Francisco (2018), “Remedios y obligaciones impuestos por las autoridades de defensa de la competencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, N° 10 (1). Página 352.

16 RITTER, Cyril (2016), “How Far Can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford Academic, N° 7 (9). Página 596.

17 MARCOS, Francisco, *Óp. Cit.* Página 357.

18 ALLENDESALAZAR, Rafael, *Óp. Cit.* Página, 26.

19 DOUGLAS MELAMED, Arthur (2009), “Afterword: The Purposes of Antitrust Remedies”, *Antitrust Law Journal*, N° 76 (1). Página 364.

20 IOANNIDOU, Maria, *Óp. Cit.* Página 858.

a aquellos que pudieran considerarse lesionados por la conducta infractora, sino además a terceros que tengan un interés justificado en participar), y iii) el proceso debe tener como enfoque central el diálogo entre las víctimas, el infractor y los terceros, relegando el rol de la autoridad de competencia al de un mediador que vigile el cumplimiento de los acuerdos a los que se arriben y resguarde que estos no resulten ilegales²¹.

III. ¿ES POSIBLE UNA POLÍTICA RESTAURATIVA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA PERUANO? ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Afortunadamente, en el derecho de la competencia peruano existen mecanismos legales para hacer posible una política que ponga el foco en la reparación del daño causado. El Indecopi, a través de sus órganos encargados de la defensa de la libre competencia, cuenta con competencia para imponer y/o dirigir mecanismos híbridos, en distintos momentos del *iter* de la infracción y gestionando las distintas actitudes de los regulados.

Un adecuado enforcement de la regulación en general y de la libre competencia en particular “requiere considerar las motivaciones y capacidades de aquellos cuyo comportamiento se necesita cambiar y también las motivaciones y capacidades de quienes deben llevar a cabo dicho *enfocement*”²². Así, para lograr un mayor nivel general de cumplimiento y restauración, la autoridad debe contar con mecanismos que permitan canalizar las distintas actitudes de los regulados, facilitando la solución directa del problema cuando aquellos tengan la mejor disposición y/o capacidad para ello, y forzándola cuando ello no ocurra.

Lodge y Wegrich²³ clasifican la actitud de los regulados a partir de dos variables (voluntad de cumplir y nivel de información), de las cuales va a depender la mejor estrategia regulatoria a seguir: persuasión/reparación, por un lado, y retribución/disuasión, por el otro. Estas combinaciones se pueden visualizar en la siguiente matriz:

Tabla 1 – Actitud de los regulados

		Voluntad de cumplir	
		Bajo	Alto
Nivel de información	Alto	I. Calculadores amorales. Bien informados, pero sin disposición a cumplir.	II. Honestos. Bien informados y con disposición a cumplir.
	Bajo	III. Objetores por principio. Mal informados y sin disposición a cumplir.	IV. Incompetentes. Mal informados, pero con disposición a cumplir.

Fuente y elaboración: Lodge y Wegrich (2012), p. 80

21 VAN CLEYNENBREUGEL, Pieter (2019), “Private Damages Actions in EU Competition Law and Restorative Justice: Towards a More Streamlined Institutional Framework?”, *Market and Competition Law Review*, N° III (2). Página 30.

22 LODGE, Martin y Kai WEGRICH (2012), *Managing Regulation, Regulatory Analysis, Politics and Policy*, Hampshire, Palgrave Macmillan. Página 71.

23 Ibidem. Página 80.

En el caso de los actores ‘honestos’ (o virtuosos, como los denomina Braithwaite) e ‘incompetentes’ (II y IV), puede ser aconsejable una estrategia de persuasión, que se basa en la prevención y la reparación antes que el castigo, a partir de la información, asesoría y argumentación. Así, se aprovecharía la buena disposición de estos actores para una composición directa del problema y la reparación a las partes afectadas. El reto está en que los actores del grupo IV pasen al grupo II, para lo cual acciones de difusión, *advocacy* y sensibilización serán fundamentales.

Siendo que no será posible la reparación voluntaria en todos los casos, la autoridad debe contar también con estrategias retributivas disuasorias (aunque, en última instancia, también deben y pueden estar orientadas a la reparación). Ello ocurrirá cuando los actores sean ‘calculadores amorales’ (I) y estén motivados a cumplir solo si es posible forzarlos a internalizar las externalidades de su accionar. En el caso de los ‘objetores por principio’ y los ‘incompetentes’, por su natural incapacidad para cumplir, Braithwaite incluso propone la inhabilitación.

Como sostiene Braithwaite, ubicar la justicia restaurativa en la base de la pirámide cimienta la legitimidad de la regulación y fomenta el cumplimiento. Así, estrategias coercitivas (no incompatibles, pero más alejadas del ideal regulativo de la justicia restaurativa) solo serán posibles si formas dialógicas de solución del problema han sido intentadas primero²⁴. Por ello, los mecanismos ascienden desde los más informales, dialógicos y voluntarios, hasta los más formales, rígidos y unilaterales.

Teniendo en cuenta este marco teórico, analizaremos, en primer lugar, si en el ordenamiento jurídico peruano existen mecanismos legales para gestionar las actitudes de los actores destinatarios de la regulación de libre competencia y, luego, las oportunidades de desarrollo de políticas públicas orientadas a realizar la justicia restaurativa.

Tabla 2 – Herramientas legales para la gestión de actitudes de los regulados

Herramientas	Dispositivo legal	Iniciativa	Reparación	Actores
Exención de responsabilidad	LPAG	Regulados	Voluntaria	Honestos Incompetentes
Compromiso de cese	LRCA	Autoridad	Voluntaria	Incompetentes Calculadores amorales
Sanciones	LRCA	Autoridad	Obligatoria	Calculadores amorales Objetores por principio

Fuente: Elaboración propia

La exención de responsabilidad procede en aquellos casos en que el agente afectado, reconociendo su inconducta y el daño causado, se hace cargo de este compensando a los agentes afectados y/o restableciendo el proceso competitivo. Si bien no cuenta con una regulación específica en el Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA), que es el marco jurídico del derecho de la libre competencia en el Perú, sí puede ser utilizada por aplicación de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

24 BRAITHWAITE, John (2002), *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press. Página 30.

Como establece dicho dispositivo legal (LPAG), para que el responsable sea exonerado, debe haber subsanado voluntariamente la conducta que califica como infracción. Por supuesto, para que ello tenga sentido, ha de suponer tanto el cese de la acción como la reversión de los efectos causados. Así pues, siguiendo el marco teórico desarrollado, no tendría sentido reprimir allí donde la ley se está cumpliendo y los actores voluntariamente han enmendado sus errores.

De acuerdo con la Tabla 2, esa regulación está pensada principalmente para actores que son capaces de tomar conocimiento sobre los alcances de la regulación (bien informados) y tienen disposición a cumplir ('honestos'). No obstante, esa voluntad tiene que materializarse en acciones concretas de reparación para acreditar el virtuosismo que caracterizaría a tales actores. Ello es más probable en casos de infracciones sujetas a prohibición relativa y, dentro de estas, principalmente las conductas exclusorias cometidas por agentes con posición dominante.

A diferencia de los carteles, en los que los cartelistas buscan eliminar la competencia entre sí, en el caso de empresas con dominancia se puede decir que estas se encuentran en una natural posición de riesgo y enfrentan difusos estándares de comportamiento. Así, se "hace particularmente compleja la evaluación ex ante de la licitud de cada práctica comercial, toda vez que describen situaciones de riesgo derivado del exceso de poder de mercado que debe ser determinado caso a caso"²⁵. Por ello, en comparación con los carteles, es más probable que las empresas con dominancia incumplan no por una reprobable disposición voluntaria hacia ello, si no por defectos de organización interna.

Además, dado que el efecto exclusorio puede individualizarse según el o los agentes afectados, es más fácil calcular mecanismos de compensación y realizarlos, en comparación con los carteles, que se caracterizan por una gran cantidad de agentes afectados en proporciones no individualizables. Ello permite con mayor facilidad que estos actores acrediten su honestidad o virtuosismo, siendo por tanto los principales destinatarios del mecanismo legal de la exención de responsabilidad. No obstante, a nivel de políticas, no está regulado un procedimiento dialógico entre infractores, afectados y autoridad que permita reconocer y reprobado la infracción, ni criterios que faciliten asumir voluntariamente el compromiso de subsanar.

En segundo lugar, el compromiso de cese es un mecanismo pensado para aquellos actores que, sin necesidad de una disposición a incumplir, no tenían conocimiento del alcance de las normas o no contaban con la capacidad de identificar su incumplimiento y hacerse cargo de ello de manera voluntaria antes de que la autoridad tome acciones en el asunto o para aquellos actores racionales a los que simplemente les resulta la opción más atractiva en términos de costos y beneficios.

Siendo comunicados de la existencia de una presunta infracción, los imputados tienen la posibilidad de reparar el daño causado, ofreciendo compromisos creíbles a la autoridad para restaurar el proceso competitivo y revertir los efectos lesivos de la conducta, culminando con el procedimiento administrativo sin la imposición de sanciones. Nuevamente, la lógica es que no hace sentido reprimir allí donde el objetivo restaurador ya se cumplió. Por supuesto, ello será decisión exclusiva de la autoridad y esta tendrá que encargarse de monitorear el cumplimiento de los compromisos asumidos.

Finalmente, será necesario imponer la restauración en aquellos casos en que los actores no muestren ningún tipo de disposición voluntaria a cumplir, independientemente del nivel de información que tengan

25 MUFDI GUERRA, Nader (2020), "Responsive Regulation como estrategia de enforcement de las prohibiciones de abuso de posición dominante", *Investigaciones CeCo*, <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>. Página 9.

(‘calculadores amorales’ y ‘objeto por principio’). Cuando en un procedimiento administrativo sancionador se acredita la responsabilidad de los imputados, además de las sanciones en forma de multa que se calculan utilizando criterios esencialmente disuasivos (beneficio ilícito esperado entre probabilidad de detección, de conformidad con el Decreto Supremo 032-2021-PCM, sin perjuicio de los atenuantes que correspondan), la reparación también será posible, pero no con formas dialógicas y voluntarias, sino coercitivas.

De este modo, la autoridad puede ordenar medidas preventivas tales como la implementación de programas de cumplimiento, así como medidas correctivas que restablezcan el proceso competitivo (como la obligación de contratar o la inoponibilidad de cláusulas anticompetitivas) o reviertan los efectos lesivos, directos e inmediatos de la conducta infractora. Esto último consiste, al menos principalmente, en “la restitución en sede administrativa a favor de los consumidores (finales o intermedios) que se han visto afectados como consecuencia de una conducta anticompetitiva (específicamente, por cárteles) mediante el reconocimiento de una suma de dinero equivalente al sobreprecio pagado por ellos a las empresas infractoras”²⁶, “eliminando en alguna medida el beneficio ilícito obtenido como consecuencia directa e inmediata del daño provocado sobre otros agentes en el mercado”²⁷. Así, aunque imperfectamente y de un modo más costoso, se alcanzará el objetivo buscado bajo los planteamientos de la justicia restaurativa.

Al igual que en el primero, bajo estos dos últimos mecanismos será más probable la reparación en los casos de conductas sujetas a prohibición relativa y, particularmente, aquellas de efecto exclusorio, no tanto ya por la disposición a cumplir, sino por la identificación de los afectados. Si bien en el caso de los cárteles llevar a cabo esta labor reviste una complejidad elevada, la disposición relativa a la reversión de los efectos lesivos de la conducta infractora fue pensada inicialmente para ello, por lo que representa una oportunidad fundamental para desarrollar políticas que lo viabilicen.

Ejemplos de la aplicación de dichos modos de compensación pueden ser apreciados en algunos casos europeos como el de *UK Independent Schools*, en el que la entidad encargada de proteger los derechos de los consumidores en ese momento impuso una multa únicamente nominal a 50 escuelas privadas a cambio de una contribución a un fondo caritativo en beneficio de los alumnos que atendieron a dichas escuelas durante el periodo de infracción. Asimismo, en el caso *Interpay* en Países Bajos, se impuso una multa a ocho bancos con la finalidad de promover un sistema de pago eficiente con el dinero obtenido a través de la multa. Por su parte, en Alemania, la *Bundeskartellamt* puso fin a un caso por presunto cobro de precios abusivos contra empresas suministradoras de gas cuando aquellas ofrecieron una compensación de 127 millones de euros a los consumidores a través de pago de bonos, créditos en cuentas futuras y reducciones a aumentos de precio futuros²⁸.

Actualmente la autoridad peruana ha avanzado en esta dirección, pero promoviendo un mecanismo que en nuestra opinión es de dudosa eficacia para lograrlo y que se aleja de la idea de la justicia restaurativa. Nos referimos a la reglamentación de la facultad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia para interponer acciones judiciales en representación de los intereses difusos y colectivos de consumidores afectados, a través de los Lineamientos sobre Resarcimiento de Daños Causados a Consumidores como Consecuencia de Conductas Anticompetitivas del año 2021²⁹.

26 FERNÁNDEZ FLORES, David (2014), “¿Debe el Indecopi contar con un mecanismo de restitución del sobreprecio pagado como consecuencia de una conducta anticompetitiva?”, en *Derecho Administrativo: Innovación, Cambio y Eficacia. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional del Derecho Administrativo*, Thomson Reuters. Página 72.

27 Como se indica en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, el cual incluyó la referida disposición a la LRCA. Disponible en: https://hiperderecho.org/wp-content/uploads/2015/09/EXP_MOTIVOS_DLEG_1205.pdf.

28 IOANNIDOU, Maria, *Óp. Cit.* Página 856 – 857.

29 Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1898027/Lineamientos%20CLC%20sobre%20demandas%20resarcitorias%20VF%20%281%29%20%281%29.pdf.pdf>

En efecto, si bien no se puede privar a ningún ciudadano del derecho de acudir a instancias judiciales, ello no significa que en el *enforcement* público de la libre competencia no se puedan adoptar soluciones restauradoras que supongan la compensación de los afectados. Como ya señalamos, además de la experiencia comparada, existe en la propia LRCA expresas menciones a las medidas correctivas dirigidas a revertir los efectos lesivos aplicables tanto en contextos netamente represivos y disuasorios (art. 49), así como en espacios de reparación voluntaria como los compromisos de cese (art. 25.3). A lo mismo apunta la LPAG cuando prevé la “subsanción voluntaria” como condición para la exención de responsabilidad.

Sin perjuicio de los problemas que ello representa desde el derecho peruano de la responsabilidad civil³⁰, una de las principales desventajas de priorizar el *enforcement* privado para estas iniciativas es la necesidad de transitar por un proceso adversarial y no dialógico caracterizado por su falta de transparencia y una excesivamente larga duración³¹, que involucra a actores adicionales a la controversia (jueces) que no necesariamente tienen experiencia en cuestiones de libre competencia y, además, tienen la potestad de visitar el caso ampliamente^{32 33}.

En cambio, desde el *enforcement* público, nada impide diseñar vía reglamentaria (a través de un decreto supremo emitido por la Presidencia del Consejo de Ministros, a la cual está adscrito el Indecopi) o vía lineamientos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, instancias de diálogo y negociación entre los afectados, los infractores y la autoridad, así como criterios para la determinación y cuantificación de daños, mecanismos de compensación directa o indirecta, entre otras disposiciones como las establecidas en los citados Lineamientos, para dirigir la discrecionalidad que legalmente caracteriza a la autoridad administrativa en este aspecto.

Esta nueva política puede aplicarse no solo en el caso de que se haya culminado un procedimiento administrativo sancionador, sino también a los mecanismos restaurativos pensados para actores con otro tipo de disposición o nivel de información, como la exención de responsabilidad o los compromisos de cese, pues la subsanción implica la reversión de los efectos lesivos de la conducta. Especialmente en el primer caso, si bien las partes pueden tener disposición a cumplir, es difícil saber por anticipado cuándo la autoridad considera que se ha subsanado el defecto, por lo que lineamientos que provean a las partes criterios para determinarlo facilitarán el cumplimiento voluntario, más aún si pueden contar con la intervención orientadora y/o conciliatoria de la autoridad.

30 MALCA, Piero (2020), “Algunos apuntes para el estudio de la “compensación” a favor los consumidores: A propósito del proyecto de lineamientos sobre resarcimiento derivado de conductas anticompetitivas”, disponible en: <https://ius360.com/algunos-apuntes-para-el-estudio-de-la-compensacion-a-favor-los-consumidores-a-proposito-del-proyecto-de-lineamientos-sobre-resarcimiento-derivado-de-conductas-anticompetitivas-pie/>.

31 En el caso peruano, la desconfianza de la población se debe principalmente a la excesiva duración de los procesos, esto es señalado tanto por Guillermo Loli (“Eficiencia y buena gestión”, en *El Comercio*, 1 de octubre de 2017), como por Rolando Arellano (“La gente aprecia si se da un buen servicio”, en *El Comercio*, 1 de octubre de 2017). De acuerdo con la encuesta realizada por Ipsos Perú para el diario *El Comercio*, la desconfianza de la población en el Poder Judicial era de 64% en 2017 (“¿En qué instituciones confían los Peruanos?”, en *El Comercio*, 1 de octubre de 2017).

32 Proceso judicial al cual, por lo demás, se puede acudir solamente después de que la decisión administrativa haya sido revisada en sede judicial contencioso administrativa y sus múltiples instancias.

33 En sentido similar, FERNÁNDEZ FLORES, Óp. Cit. Página 64: “Podría darse el caso que, muchos consumidores (u otros agentes), pudieran organizarse para demandar colectivamente la indemnización y compartir costos. También podría darse otro caso en que el daño sufrido por el agente económico sea tan grande que pudiera valer la pena emplazar al infractor” o, agregaríamos, que intervenga una autoridad en representación de los intereses de los consumidores, pero “el hecho de no tener precedentes (experiencias anteriores) ni reglas claras (la forma en que serán compensados) y otros riesgos antes mencionados (arbitrariedad, demora, falta de pericia judicial, etc.) en sí mismos son aspectos que desincentivan el asumir los costos (y las molestias) de iniciar un proceso judicial”.

IV. NOTAS CONCLUSIVAS

La justicia restaurativa como ideal regulativo ofrece importantes criterios para evaluar el desarrollo de las políticas en un determinado país, poniendo la atención en la reparación efectiva a las víctimas y en la receptividad de las distintas actitudes y la disposición de los actores involucrados para dotar de legitimidad a la institucionalidad regulatoria. Además, resalta la importancia de la participación deliberativa de las víctimas, ofensores y terceros que puedan tener un interés legítimo en la discusión. Específicamente, este marco teórico ha sido utilizado por distintos autores para evaluar políticas de libre competencia, mostrando sus ventajas y beneficios, por lo que creemos debe ser tenido en consideración para el caso peruano.

Actualmente, existen mecanismos en la ley peruana para realizar uno de los objetivos de la justicia restaurativa, que es la efectiva reparación de las víctimas a través de las medidas correctivas, especialmente aquellas que consisten en la reversión de los efectos lesivos de la conducta infractora. Las medidas correctivas son aplicables incluso cuando hayan fracasado las estrategias persuasivas y haya sido necesario escalar en la pirámide hacia formas represivas. No obstante, no existe a la fecha una política que desarrolle cuándo puede considerarse un daño reparado o revertido, ni cómo puede trasladarse a los consumidores finales o intermedios efectivamente la reparación. La experiencia europea ofrece casos que pueden servir de guía.

Por otro lado, tampoco hay políticas que desarrollen la justicia restaurativa en clave procedimental, en el sentido de establecer instancias de diálogo mediadas por la autoridad entre infractores, afectados y eventuales terceros, aplicables principalmente para el mecanismo de la exención de responsabilidad. De acuerdo con los autores que hemos venido citando, ese encuentro comunica la reprobación y el arrepentimiento, empoderando a los afectados y reintegrando a los infractores. Además, permite intercambiar información para el dimensionamiento o evaluación de los daños y las maneras más eficaces de repararlo. Una política que establezca los modos y los tiempos para que los actores (principalmente, los virtuosos u honestos) subsanen voluntariamente sus faltas haría más probable la reparación oportuna de los afectados, evitando escalar en la pirámide.



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:

Fernando Ballon y Sebastián Carruitero Cárdenas , "Justicia restaurativa en el derecho de la competencia de Perú", *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2022),

<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