

Alerta Penal y Libre Competencia - Junio 2023

ALERTA PENAL Y LIBRE COMPETENCIA

Modificación del delito de atentado contra la libre competencia y nuevas disposiciones para su aplicación

El día de hoy se ha publicado en el diario oficial [El Peruano](#) la norma que modifica la tipificación del delito de atentados contra la libre competencia [artículo 232° del Código Penal] y la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas [Decreto Legislativo No. 1034]. Se trata de la [Ley No. 31775](#), la cual contiene las siguientes novedades:

1. Se modifica la tipificación del delito de atentado contra la libre competencia, el cual había sido reincorporado al Código Penal en agosto de 2020 a través de la [Ley No. 31040](#). A partir de la modificación comentada, las prácticas anticompetitivas con relevancia penal quedan circunscritas a los acuerdos colusorios horizontales inter marca, siempre que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, y que tengan por objeto:

- La fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- La limitación de la producción o las ventas;
- El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- El establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación correspondiente, así como en subastas públicas y remates.

Se trata de las denominadas 'prohibiciones absolutas' o '*per se*' previstas en el párrafo 11.2 del artículo 11° del [Decreto Legislativo No. 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas](#).

Se habla de prohibición absoluta cuando la determinación de la conducta infractora no requiere probar la producción de efectos negativos para la libre competencia ni para los consumidores, bastando con verificar la existencia de la práctica que se reputa anticompetitiva.

No obstante, la nueva tipificación del delito de atentado contra la libre competencia sí exige acreditar que la participación en el acuerdo colusorio sujeto a prohibición absoluta tenga el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. La infracción penal queda, entonces, estructurada como un delito de idoneidad o de aptitud para afectar la libre competencia.

2. Se establece la exención de responsabilidad penal para quien hubiese obtenido la exoneración total de sanción administrativa por acogimiento al Programa de Clemencia del [INDECOPI](#), cuyos alcances se encuentran regulados en el artículo 26° del Decreto Legislativo No. 1034.

Esta modificación viene a solucionar parcialmente una de las mayores críticas formuladas a la anterior regulación legal, al compatibilizar y extender los efectos liberadores de responsabilidad administrativa al ámbito penal, cuando menos para quien acogiéndose al Programa de Clemencia obtiene exoneración total en el ámbito administrativo, esto es, únicamente se prevé la exención de responsabilidad penal para el primer agente económico que se hubiera acogido al mecanismo administrativo de clemencia compensada, sea aportando elementos de prueba respecto de la existencia de la conducta anticompetitiva, sea contribuyendo con la identificación de los infractores. No obstante, el resto de agentes económicos que, en el marco del Programa de Clemencia del INDECOPI, no obtuvieran la exoneración total de la multa aplicable, quedarán expuestos a responsabilidad penal.

Dicho de otro modo, para acceder a la exención de responsabilidad penal el presunto infractor necesariamente deberá ser el primero en acogerse al Programa de Clemencia ante el INDECOPI. Ello podría generar que los agentes económicos que no se encuentren en dicha situación se vean desincentivados a presentar ante el INDECOPI solicitudes de beneficios tras la detección inicial del presunto cártel, perdiéndose colaboraciones que pudieran resultar valiosas si la extensión al ámbito penal de los efectos eximentes tuviese mayor amplitud.

Igualmente, la forma tan estricta en la que ha sido regulada la posibilidad de

obtener una exoneración penal por colaboración con el INDECOPI, podría suponer desincentivo al acogimiento de alternativas como la suscripción de compromisos de cese o el reconocimiento de la infracción, previstos en los artículos 25° y 27° del Decreto Legislativo No.1034.

3. Finalmente, la Ley No. 31775 modifica el Decreto Legislativo No. 1034, incorporando el párrafo 36.4 en el artículo 36° de esta norma. A través de esta modificación se establece que INDECOPI y OSIPTEL, dentro de sus ámbitos de competencia, deberán comunicar al Ministerio Público la resolución firme que determine la existencia de un acuerdo o práctica anticompetitiva sujeta a prohibición absoluta, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles desde la emisión de dicha resolución. A esto se le debe sumar lo establecido en la segunda disposición final de la Ley No. 31775, según la cual el Ministerio Público, una vez que toma conocimiento de la mencionada resolución expedida por INDECOPI u OSIPTEL, deberá iniciar investigación preparatoria por la comisión del delito de atentado contra la libre competencia.

Si bien estas nuevas disposiciones permitirían aclarar cuál es el orden que se seguirá entre el procedimiento administrativo y la sucesiva persecución penal, no se elimina la posibilidad de que pudiera generarse una vulneración del principio de *ne bis in idem*, específicamente, en el caso en que un mismo agente económico sea sancionado por el órgano resolutivo del INDECOPI y luego se pretenda su posterior procesamiento en la vía penal.

Para más información, por favor contactar a [Verónica Sattler](mailto:vsattler@estudiorodrigo.com) (vsattler@estudiorodrigo.com) y/o [Jose Reaño](mailto:jlreano@estudiorodrigo.com) (jlreano@estudiorodrigo.com).