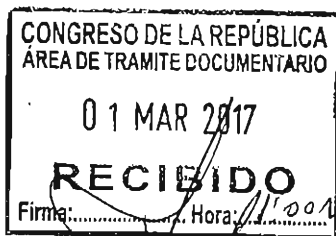




PERU
CONGRESO
REPÚBLICA

Proyecto de Ley N° 997/2016-CR



LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 43 Y 46 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS E INCENTIVA LA REDUCCIÓN DE CONDUCTAS INDEBIDAS DE PROVEEDORES

El Grupo Parlamentario Fuerza Popular, a iniciativa del Congresista de la República **JUAN CARLOS GONZALES ARDILES**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y conforme al artículo 75 del Reglamento del Congreso, propone el siguiente proyecto de ley:

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 43 Y 46 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS E INCENTIVA LA REDUCCIÓN DE CONDUCTAS INDEBIDAS DE PROVEEDORES

Artículo 1. Modificación del párrafo 43.1 del artículo 43 Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Modifícase el párrafo 43.1 del artículo 43 del decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas anticompetitivas, en los siguientes términos:

“Artículo 43. El monto de las multas

43.1. 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 **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 expedición de la resolución de la Comisión;
- b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta **dos mil (2,000) UIT**, siempre que dicha multa no supere el **veinte por ciento (20%)** 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 **de hasta diez mil (10,000) UIT**, siempre que dicha multa no supere el **treinta por ciento (30%)** 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.”*

Artículo 2. Inclusión de del párrafo 46.5 en el artículo 46 Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Inclúyase el párrafo 46.5 en el artículo 46 del decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas anticompetitivas, en los siguientes términos:

“Artículo 46. Medidas correctivas

(...)

46.5 Además de la multa, se podrá disponer que los proveedores sancionados queden inhabilitado para contratar con el Estado por un periodo de 05 mínimo (cinco) años, hasta un máximos de 10 (diez) años, lo que es informado al Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado (OSCE). En caso de reincidencia la inhabilitación para contratar con el Estado será definitiva.”

Lima, enero de 2017



JUAN CARLOS GONZALES ARDILES
Congresista de la República

E. Bustos

Luis F. Galarreta Velarde
Portavoz (T)
Grupo Parlamentario Fuerza Popular

OSABRSE
G. Trujillo
Intakayamal
C. Serna
2
V. Coronel
Alfonso

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

El Tribunal Constitucional ha señalado que toda sanción debe estar establecida en forma expresa e inequívoca como infracción para poder ser aplicada, tal como lo que establece la Constitución Política del Estado. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia lo siguiente¹:

“El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. La Constitución lo consagra en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”

Como se aprecia, el máximo intérprete de la constitución ha señalado que toda sanción para que pueda ser aplicable, previamente debe estar establecida en norma con rango de ley, este es el caso de las sanciones administrativas, que cuentan con un principio de reserva de ley y por ello, las instituciones públicas así quieran no podrán sobrepasar ni reducir las sanciones que se encuentren establecidas previamente en una norma de rango legal.

El Decreto Legislativo 1034 ha establecido los rangos máximos de sanción permitidos, cosa que trataremos de modificar en la presente iniciativa de forma tal que se creen las condiciones propicias para evitar que se sigan cometiendo actos que no benefician a los consumidores.

2. PRONUNCIAMIENTO DEL EMPRESARIADO Y EL MISMO INDECOPI



El empresariado nacional a través de su representante Martín Pérez Monteverde, Presidente de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP)² ha manifestado fuertemente su rechazo a la concertación de precios realizada por las cadenas farmacéuticas que ha

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC.

² Ver: <http://rpp.pe/economia/economia/confiep-sobre-concertacion-de-farmacias-la-multa-debe-ser-enorme-noticia-1006894>

revelado la Resolución N° 078 -2016/CLC-INDECOPI, del año 2016, razón por la cual hasta el propio gremio que reúne a los empresarios no se encuentra de acuerdo con dicha conducta anticompetitiva.

Frente a ello, ha propuesto establecer multas más grandes para que se anule cualquier posibilidad de conductas anticompetitivas de empresas, textualmente señaló lo siguiente³:

"Y la multa tiene que ser enorme, porque si no va a haber un estímulo perverso. Cuántas veces hemos visto incluso en los partidos políticos, que la multa es chiquita, entonces (dicen) no importa que me multen. No la multa tiene que ser tan grande que tiene que desistir a los que lo hicieron y a los que quisieran hacerlo también, estamos absolutamente de acuerdo"

Por otra parte, en una reciente publicación⁴, un funcionario de INDECOPI ha manifestado que las multas no hubieran podido ser mayores porque no se acreditó la infracción en otros productos de la oferta, sino sólo sobre los 36 productos investigados.

En consecuencia, subsiste un elemento de justificación de la agencia de la competencia para determinar que las multas no pueden ser mayores y tiene relación directa con las multas que se establecen en el Decreto Legislativo materia de modificación, es a raíz de dichos pronunciamientos, que el Congreso recogiendo la propuesta de las propias empresas y de la agencia de competencia plantea la siguiente propuesta.

3. INCENTIVOS PARA LA COMISIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

La exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034⁵, en su punto 6 señala sobre sanción y eliminación de conductas anticompetitivas señala lo siguiente:

"(...) la determinación e imposición de sanciones constituye un factor clave para dicho objetivo debido a su doble efecto; por un lado, castigando a los infractores y por el otro, previniendo y disuadiendo el desvío de las conductas hacia lo ilícito y no deseable dentro de la perspectiva económica y social"



³ Ver <http://rpp.pe/economia/economia/confiep-sobre-concertacion-de-farmacias-la-multa-debe-ser-enorme-noticia-1006894>

⁴ Ver: <http://elcomercio.pe/sociedad/lima/farmacias-ley-impide-multas-mas-altas-concertar-precios-noticia-1944112>

⁵ Numeral 6 de la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034, sobre sanciones y eliminación de conductas anticompetitivas.

Las sanciones tienen así implícito un carácter dinámico en la medida que su fin es evitar la realización de conductas futuras no deseables (en nuestro caso, prácticas anticompetitivas) al transmitir una señal al resto de los agentes económicos. Un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite tener dicho rol disuasivo. Desde la perspectiva del análisis económico, este esquema opera influyendo en las decisiones de los agentes económicos al impactar negativamente sobre su beneficio esperado derivado de la realización de prácticas ilegales; de modo que dicho beneficio ilícito esperado resultaría menor que el beneficio que puede obtenerse de actividades ilegales.”

La sustentación de la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034 es clara cuando establece que las sanciones buscan generar incentivos negativos para la realización de conductas anticompetitivas, sin embargo, dicha argumentación no se condice con las multas que se han establecido en la fórmula legal de la norma pues resultan bastante contemplativas, en comparación con las multas impuestas en los países de la región y ni que de decir de los países del primer mundo tal como desarrollaremos en el numeral 3 de la exposición de motivos.

Si las prácticas anticompetitivas generan un beneficio mayor para el empresario en comparación con la multa que se le impone, entonces, la multa viene a ser un mecanismo de incentivo perverso, pues genera una orientación a la realización de este tipo de conductas ya que a la larga, el empresario pagará dicha multa con el beneficio ilícito obtenido y además, le quedará un beneficio adicional producto de dicho acto irregular.

En cambio, cuando la multa es superior al beneficio que obtendría por la conducta ilícita, el empresario reflexiona económicamente y decide que dicha conducta no le va a reportar beneficios, por el contrario, le perjudicará y renunciará a tal acción. A esto último deben apuntar las multas que impone el INDECOPI. Desde esta perspectiva, una sanción elevada se constituye en un elemento importante para la acción efectiva de la agencia de competencia nacional.

Lo que debe buscar el Estado es que las conductas indebidas se restrinjan y ello se puede lograr sólo de una forma, desincentivando las conductas a través de sanciones fuertes contras las empresas que cometan dichas conductas. En este caso hemos meditado el levantamiento de la valla de multas y



adicionalmente el establecimiento de la inhabilitación para contratar con el Estado como una medida complementaria que se pueda aplicar contra las empresas coludidas.

4. SANCIONES DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN EL DERECHO COMPARADO

En el derecho internacional las sanciones que se imponen a las empresas que atentan, mediante conductas anticompetitivas, contra el mercado son variables pese a que se tratan de las mismas conductas, las legislaciones de cada país varían la forma en la que imponen sus sanciones.

Recientemente, en un medio de comunicación local⁶, replicando lo publicado en un medio internacional nos ha permitido conocer que en nuestro país se promueve la comisión de conductas anticompetitivas como la concertación de precios, debido principalmente a lo reducido de las sanciones que impone el INDECOPI, ya que según ellos no cuentan con sustento legal que le permita imponer mayores sanciones.

Así pues, de la nota se puede extraer que en países del primer mundo los actos anticompetitivos como la concertación de precios son sancionados con hasta U\$\$ 100 millones de dólares, constituyéndose en un incentivo poderoso para que los empresarios no realicen este tipo de conductas, por otra parte, sin dejar la realidad del primer mundo, en la Unión Europea se sanciona las conductas anticompetitivas hasta con el 10% de las utilidades de las empresas.

En Latino América, prosigue la notas, si bien las sanciones son más conservadoras, no dejan de ser un buen incentivo para que los empresarios mediten bien antes de concertar la subida de los precios de sus productos, por ejemplo en Argentina se sanciona hasta con U\$\$ 51 millones de dólares, en Chile se sanciona hasta con U\$\$ 23 millones de dólares, en Colombia se sanciona hasta con U\$\$ 22.2 millones de dólares, en México se sanciona hasta con U\$\$ 6.5 millones de dólares.

Pese a todas estas realidades, en nuestro país parece funcionar una lógica distinta a la de otros países, pues lo máximo que se permite sancionar a las empresas en nuestro país es con U\$\$ 1.1 millones de dólares, es decir 3'950,000 soles (1,000 UITs)



⁶ Ver <http://rpp.pe/economia/economia/como-se-multa-la-concertacion-de-precios-en-otros-paises-noticia-1006966>

| MULTAS POR CONCERTACIÓN DE PRECIOS | | |
|------------------------------------|-----------------------|--------|
| PAÍS | MULTA (MÁXIMA) | CÁRCEL |
| PERÚ | US\$ 1.1 millones | NO |
| COLOMBIA | US\$ 22.2 millones | NO |
| CHILE | US\$ 23 millones | NO |
| MÉXICO | US\$ 6.5 millones | SÍ |
| ARGENTINA | US\$ 51 millones | SÍ |
| BRASIL | 20% de las utilidades | SÍ |
| ESTADOS UNIDOS | US\$ 100 millones | SÍ |
| UNIÓN EUROPEA | 10% de las utilidades | NO |

Radiografía de cómo se multa la concertación de precios en el mundo. | Fuente: EMOL.COM

Fuente: portal www.rpp.com.pe

5. UN CASO QUE SE DEBE TENER EN CUENTA: LA CONCERTACIÓN DE PRECIOS EN EL MERCADO DE POLLOS EN CHILE VS PERÚ

Para hacer una ligera comparación, podemos apreciar lo que sucedió en la concertación de precios de pollos en el mercado chileno versus el caso peruano, este caso nos permite conocer la realidad de nuestro sistema de control de conductas indebidas y que tan beneficioso podría ser para las empresas el coludirse y elevar los precios de sus productos en forma concertada.

Al respecto, podemos apreciar el en cuadro resumen que presentamos líneas abajo, que mientras en nuestro país se sancionó a las empresas del sector avícola con U\$\$ 1.4 millones de dólares por concertar los precios de los pollos en los años 1995 y 1996; en Chile la sanción por el mismo hecho se en el año 2011 con U\$\$ 58 millones de dólares, siendo abismal la multa impuesta si se compara una y otra realidad, además que se trata en el caso peruano de la concertación de precios en dos años mientras que en Chile se da sólo en un año.





CUADRO RESUMEN SANCIÓN POR CONCERTACIÓN DE PRECIOS DE POLLOS EN CHILE Y PERÚ

| ITEMS | CASO CHILENO | CASO PERUANO |
|---|--|--|
| MERCADO INTERVENIDO | MERCADO AVÍCOLA | MERCADO AVÍCOLA |
| ORGANISMO QUE SANCIONA EN PRIMERA INSTANCIA | TRIBUNAL DE DEFENSA DE LIBRE COMPETENCIA DE CHILE | COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DE INDECOPI |
| ORGANO QUE CONFIRMA LA SANCIÓN EN ÚLTIMA INSTANCIA | CORTE SUPREMA | CORTE SUPREMA |
| MONTO DE LA SANCIÓN IMPUESTA | 58 MILLONES DE DÓLARES | 1.4 MILLONES DE DÓLARES |
| CAUSA DE LA SANCIÓN | CONCERTACIÓN DE PRECIOS | CONCERTACIÓN DE PRECIOS |
| EMPRESAS SANCIONADAS | LA ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES AVÍCOLAS Y LAS 3 EMPRESAS MÁS GRANDES (AGROSUPER, ARIZTÍA Y DON POLLO). | LA ASOCIACIÓN PERUANA DE AVICULTORES Y 12 EMPRESAS AVÍCOLAS. |
| AÑO EN QUE SE PRODUJO LA CONCERTACIÓN | 2011 | 1995-1996 |
| AÑO DE INICIO DE PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA O SEDE ADMINISTRATIVA | 2011 | 1997 |
| AÑO DE LAS SANCIÓN FINAL EN CORTE SUPREMA | 2015 | 2010 |

Fuente: Fiscalía Nacional Económica de Chile, INDECOPI y Corte Suprema del Perú.

6. PROPUESTA DEL PROYECTO



La presente iniciativa propone dos medidas para lograr la misma finalidad de desincentivar las conductas anticompetitivas como la concertación de precios. Por una parte se elevan las multas que el INDECOPI pueda aplicar a las empresas por conductas anticompetitivas desde los 1,000 UITs (3'950,000 de soles) hasta las 10,000 UITs (S/ 39'500,000 de soles), con ello se busca generar

un incentivo eficaz que permita a los consumidores verse beneficiadas frente a conductas colusivas de los proveedores.

Por otra parte, la misma iniciativa propone como medida adicional, la inhabilitación de las empresas que realicen cualquier conducta anticompetitiva desde los 5 hasta los 10 años, medida que sería comunicada al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado para su inscripción en el registro de inhabilitados.

Por último, en el caso de reincidencia de la conducta anticompetitiva, el proveedor puede incluso ser sancionado con inhabilitación permanente si es que se mantiene con dicha conducta.

CONCORDANCIA CON EL ACUERDO NACIONAL

La Vigésimo Cuarta Política de Estado del Acuerdo Nacional⁷ propone la afirmación de un Estado eficiente y transparente, que se comprometa a construir y mantener un Estado eficiente, eficaz, moderno y transparente al servicio de las personas y de sus derechos.

Asimismo, el Estado se compromete a atender las demandas de la población y asegurar su participación de la gestión de las políticas públicas, así como regulación de los servicios públicos, garantizando la adecuada defensa de los usuarios y protección a los consumidores.

En este contexto, la presente iniciativa propone asegurar una efectiva regulación de servicios y adecuada defensa y protección de consumidores pues propone que los proveedores tienen la obligación de atender mediante los mismos canales de ventas, los reclamos y propuestas de modificaciones contractuales planteadas por los consumidores.



⁷

Ver: www.acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado%E2%80%8B/politicas-de-estado-castellano/iv-estado-eficiente-transparente-y-descentralizado/24-afirmacion-de-un-estado-eficiente-y-transparente/

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente propuesta modifica el párrafo 43.1 del artículo 43 Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, incrementando las multas por la realización de conductas anticompetitivas, pues las multas vigentes más de un desincentivo se han convertido en un aliciente para la comisión de dichos actos indebidos.

Adicionalmente, en el artículo 46 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se incluye el párrafo 46.5 estableciendo que la empresa sancionada puede quedar inhabilitada para contratar con el Estado por un periodo que va entre los 5 a 10 años.

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

La norma vigente sobre represión de conductas anticompetitivas establece sanciones que van desde los 500 hasta los 1,000 Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UITs), lo que representa una sanción máxima de S/ 3'950,000 soles, totalmente insuficiente si se consideran beneficios anuales superiores a dicho monto.

A ello, hay que sumarle la demora en el procedimiento sancionador, por ejemplo, en el caso de la sanción por concertación de precios que ha resuelto el INDECOPI por los años 2008 y 2009, recién ha culminado en su primera instancia administrativa el año 2016, es decir, la conducta anticompetitiva ha podido mantenerse por casi 8 años. Si se ha sancionado a las 5 empresas en forma conjunta con hasta con 2,274.46 UITs⁸ (S/ 8'984,117 soles), por los años 2008 y 2009, atribuyendo una ganancia indebida del orden de los S/ 2.3 millones de soles en el periodo investigado.

Si se hace un simple cálculo matemático por los años de investigación del procedimiento 6 años sumados a los 2 años donde se venían produciendo las conductas anticompetitivas de concertación de precios tenemos un periodo final de 8 años, si el beneficio obtenido por las empresas fue de S/. 2.3 millones de soles en los periodos de los años 2008 al 2009, entonces mediante regla de tres simple si multiplicamos por el periodo de tiempo de afectación y el periodo de tiempo que



⁸ Parte resolutive de la Resolución N° 078 -2016/CLC-INDECOPI, (Página 292)



duró el procedimiento sancionatorio, tendríamos que los 2.3 millones pueden llegar a convertirse en S/ 9.2 millones de soles de beneficio indebido, ello siempre que el número de establecimientos y ventas en el mercado no haya variado, pero como veremos a continuación, el número de establecimientos de ventas de las cadenas de farmacias se ha multiplicado grandemente al año 2016.

En efecto, debemos tener en cuenta que en nuestro país en la actualidad las 5 cadenas de farmacias sancionadas por el INDECOPI por concertación de precios, cuentan con alrededor de 1,750 establecimientos de venta a nivel nacional, repartidos de la siguiente forma: Boticas Felicidad con 75 establecimientos hábiles, Mi Farma 428 establecimientos hábiles, Fasa con 1 establecimiento hábil, Inkafarma con 917 establecimiento hábiles y Arcangel con 335 establecimientos hábiles.

Si se tiene en cuenta el crecimiento exponencial de los locales de expendio de medicamentos, resulta evidente que el beneficio indebido de las cadenas de farmacia fue incluso superior a los 9.2 millones de dólares, por ello es necesario elevar las sanciones hasta un monto que permita generar un verdadero incentivo contra la realización de las conductas colusorias.

