



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y EMPRESARIALES

La criminalización de los cárteles en el Perú: ¿es buena o mala desde el punto de vista del combate a la colusión?

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de
Economista

María Beatriz Ortiz Calero

Revisor(es):
Mgtr. Harry Omar Patrón Torres

Piura, mayo de 2022

PAPER NAME

Ortiz TSP 2021.pdf

AUTHOR

Ortiz

WORD COUNT

6464 Words

CHARACTER COUNT

35904 Characters

PAGE COUNT

28 Pages

FILE SIZE

821.7KB

SUBMISSION DATE

Mar 12, 2022 12:02 PM GMT-5

REPORT DATE

Mar 12, 2022 12:03 PM GMT-5**● 33% Overall Similarity**

The combined total of all matches, including overlapping sources, for each database.

- 31% Internet database
- 7% Publications database
- Crossref database
- Crossref Posted Content database
- 10% Submitted Works database

El presente trabajo está dedicado
a Dios, a mis padres, Paco y Edilsen,
a mi hermosa familia, Hugo y Santiago,
por ser siempre mi soporte y motivarme
en mi desarrollo tanto personal como profesional.





Resumen

El presente trabajo de investigación busca evaluar la hipótesis de si es favorable imponer sanciones penales a los cárteles en la búsqueda al combate a la colusión en el Perú. Para ello, se ha revisado diversa literatura económica tanto teórica como empírica. Específicamente, se centra en la efectividad de esta nueva herramienta en el Perú, si esta genera un efecto disuasorio y desestabilizador sobre la colusión, o si muy por el contrario, esta llegase a afectar de manera negativa nuestra mejor herramienta como país en el combate a la colusión; los programas de clemencia, desincentivando la colaboración de los implicados y volviendo cada vez más difícil poder detectar a los cárteles, sobre todo aquellos que son mucho más estables. Por lo tanto, el uso de esta nueva herramienta podría llegar a traer consigo resultados no deseados.





Tabla de contenido

Introducción	9
Capítulo 1. Informe de experiencia profesional.....	11
1.1 Santa María Rosa Mística SRL.....	11
1.1.1 Descripción de la empresa	11
1.1.2 Aportes y desarrollo profesional.....	11
Capítulo 2. Paper aplicado.....	15
2.1 Marco Teórico	15
2.2 Literatura Empírica	17
Conclusiones.....	23
Lista de referencias	25
Anexos	27
Anexo 1. Constancia de trabajo.....	29
Anexo 2. Constancia de diplomado.....	30
Notas al pie de página	31





Introducción

Los cárteles son considerados como una de las violaciones más graves a las leyes de competencia, es por ello que poder detectarlos, castigarlos y desarticularlos es lo principal dentro de la agenda de las autoridades antimonopolios tanto en los países desarrollados como los que se encuentra en vía de desarrollo, debido a su daño potencial al bienestar de los consumidores y de la economía en su conjunto.

Los cárteles implican no solamente un daño directo para los consumidores, aumentando los precios e incluso evitando la entrada de nuevos rivales, sino que también un daño indirecto y a largo plazo para la economía de un país. A este se le suma el llamado “efecto paraguas”, el cual consiste en que mientras que las empresas coludidas aumentan sus precios, las otras empresas que no están dentro de esta colusión se ven tentadas a elevar también sus precios ya que sus competidores los han aumentado, como consecuencia hay una pérdida de consumidores que a ese precio dejaron de consumir el bien, contribuyendo así la colusión a la desigualdad, en donde la posibilidad de consumo de las familias de escasos recursos se reduce.

Además, las prácticas de colusión al igual que un monopolio, operan a un nivel más bajo del eficiente, promoviendo mayores costos y desincentivos para la innovación, empeorando la oferta de un determinado producto, bien o servicio.

En el Perú, en la lucha por combatir los cárteles se implantaron medidas de control; así tenemos las inspecciones con o sin previo aviso, el programa de clemencia (1996 – por recomendación de la ODCE - La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), la aplicación de sanciones penales (Impuesto por Ley en el Congreso de la República Ley 31040 – 2020)¹, el programa de recompensas, para quienes quieran denunciar esos actos y por último el programa de indemnizaciones.

La presente investigación busca analizar si las sanciones penales generan o no un efecto disuasorio y desestabilizador sobre la colusión, además si estas, están sirviendo de complemento y ayuda para el actual programa de clemencia o que por el contrario, estas obstruyan la labor que se viene realizando generando un retroceso en la desarticulación de cárteles, ya que son precisamente estos programas considerados como la herramienta más usada y útil para el combate a la colusión en el Perú y en el mundo, por lo que es importante que esta herramienta sea potenciada y mas no inutilizada, para ello analizaremos las mejores prácticas internacionales.



Capítulo 1. Informe de experiencia profesional

1.1 Santa María Rosa Mística SRL

1.1.1 Descripción de la empresa

Grifo Santa María Rosa Mística SRL, ubicada en la ciudad de Tumbes es una empresa familiar dedicada a la compra y venta de combustibles y lubricantes al por menor. Fue conformada en el año 2016 y tiene como aval en el mercado tumbesino al grifo Gasocentro La Alborada SRL y a la empresa de transportes BEAX Inversiones & Servicios SRL, esta última dedicada al transporte de combustibles y a la venta de GLP, ambas empresas pertenecientes al mismo grupo familiar.

Pese a que con la razón social Santa María Rosa Mística SRL la empresa revela tener pocos años en el mercado tumbesino, en realidad esta cuenta con una gran trayectoria, cuya historia se remonta hace ya más de 20 años atrás con la razón social Estación de Servicios Santa María SRL. Y fueron justamente los frutos de esta empresa quienes dieron lugar a las otras dos empresas anteriormente mencionadas.

Como grupo familiar, los dos grifos están ubicados en dos zonas estratégicas de la ciudad de Tumbes, Gasocentro La Alborada, ubicado en la carretera panamericana norte km 1270 (frente al depósito de la empresa Backus) y Santa María Rosa Mística SRL ubicada en carretera panamericana norte KM 1276 – frente al aeropuerto de la ciudad de Tumbes.

El grifo Santa María Rosa Mística SRL no pertenece a ninguna red de estaciones de servicios; es decir, es independiente; sin embargo, el grifo Gasocentro La Alborada SRL es parte de la red de grifos de Petroperú.

Así, entre nuestra principal cartera de clientes, tenemos a las entidades públicas como el Gobierno Regional, Dirección de Salud de Tumbes (DISA), Hospital Jamo, Essalud, Marina de Guerra del Perú, Ejército del Perú, mientras que en las entidades privadas nuestros principales clientes son Empresa de transportes Cruz del Sur, Empresa de transporte Ittsa, Langostinera Huacura, Langostinera Tumbes, Empresa de transportes El Peruano, entre otros.

1.1.2 Aportes y desarrollo profesional

Desde noviembre del año 2016, asumí el puesto de Gerente General en la empresa Grifo Santa María Rosa Mística SRL, como parte de la asunción de mis responsabilidades en mi empresa familiar.

Los retos han sido muchos, dirigir una empresa y a las personas que la conforman es un continuo aprendizaje, en donde he podido desarrollar mis habilidades tanto blandas como directivas en la búsqueda por dirigir y liderar a mi equipo de trabajo, enfocándome en las fortalezas de cada uno de ellos. Así también he podido desarrollar mis habilidades en el ámbito financiero y contable, donde los conocimientos adquiridos en la Universidad en el curso de contabilidad y en el curso de Finanzas, me permitieron hacer un análisis de las situaciones financieras en que se encuentran cada una de las empresas del grupo familiar. En esta etapa apliqué mis conocimientos financieros como análisis

vertical y horizontal, ratios financieras y búsqueda del punto de equilibrio en cada uno de nuestros productos, fue así como se decidió que contablemente nuestros estados de resultados deberían de costearse por producto ya que los mismos al mostrarse como un total de la venta (como si todo fuese un solo producto) no nos estaban ayudando en la búsqueda por mejorar e impulsar el producto que mejor margen de ganancia nos estaba dejando. De esta manera esperamos impulsar mejor nuestros productos, dirigiendo nuestras promociones de manera óptima.

Pero el mayor desafío en el desarrollo y crecimiento de la empresa que he tenido, ha sido tener que competir con el contrabando de combustible, ya que, al ubicarnos en la frontera con Ecuador, tenemos la desventaja que nuestro país vecino tiene subsidiado el combustible, ocasionando en nuestra ciudad una fuga de demanda y además promoviendo a la informalidad, al contrabando y a la desigualdad. Así mismo, el desinterés por parte de las autoridades locales como OSINERGMIN o el Ministerio Público ha ocasionado que en la ciudad de Tumbes el contrabando se haya normalizado, al punto tal que se llegan a encontrar en innumerables esquinas de Tumbes pequeños puestos de ventas de gasolinas, petróleo y gas doméstico ecuatoriano.

Fue así como nace la idea de darle un valor agregado a nuestro producto, el combustible, ya que al tratarse de un bien homogéneo en todos los grifos de Tumbes era necesario que algo nos diferenciara del resto, enfocándonos en ofrecerle algo más a nuestros clientes y no solamente bajando nuestros precios, ya que terminaríamos en una guerra de precios con nuestros demás competidores en donde nos veríamos perjudicados en nuestros márgenes de ganancias.

Con miras a crecer y a fortalecernos en el mercado tumbesino se crean nuestras dos promociones banderas, la primera de estas son las super rifas de nuestro aniversario y de navidad (con un gran número de premios) y la segunda, la promoción acumula puntos; en donde por cada galón de combustible que nuestros clientes consuman en cualquiera de nuestros productos, estos podrán acceder a acumular un punto, y el cliente tendrá la oportunidad de canjearlo con numerosos premios que han sido pensados de acuerdo a las necesidades del mismo sector. Esta promoción ha sido puesta a prueba en nuestro grifo más céntrico (Gasocentro La alborada SRL) y al cabo de casi 1 año puesto a prueba hemos logrado ver la gran respuesta que se ha obtenido por lo que se piensa replicar en nuestra otra empresa Santa María Rosa Mística SRL. Por otro lado, con miras a unificarnos como empresa familiar, se ha tomado la decisión de fortalecer nuestra marca más fuerte, siendo así la marca de Gasocentro La alborada la destinada a expandirse, de esta manera tenemos proyectado para el próximo año posicionar la marca en el grifo Santa María Rosa Mística SRL, cambiando de esta manera nuestro nombre comercial, con esto se espera un mayor posicionamiento en el mercado tumbesino.

Por otro lado, la pandemia nos trajo grandes cambios, y uno de ellos fue la digitalización, fue así como justamente por ese año se había adquirido un programa ERP que se podía usar desde cualquier computadora, el único requisito es que se pudieran conectar a internet, lo cual facilitó mucho

el trabajo virtual pero a la vez nos demostró lo mucho que aun teníamos por mejorar en la búsqueda de aumentar nuestros controles para evitar las fugas en nuestros combustibles, fue así como se decide implementar medidas que nos condujeran a la automatización de nuestras estaciones, estas fueron, la adquisición de un programa que permite interconectar nuestros surtidores con nuestro programa ERP (Open soft) y la adquisición de una manguera con contómetro digital de descarga de combustible, el cual nos brinda la cantidad exacta de combustible que se descarga en los tanques de nuestras estaciones, esta nos brinda un mejor control tanto de lo que adquirimos de los mayoristas (Petróleos del Perú S.A. y Numay S.A.) como de las mermas que obtenemos con cada compra.

Por otro lado y no menos importante, fue la inversión en publicidad pero esta vez publicidad en redes sociales, en donde nuevamente se ha llegado a poner a prueba en nuestro grifo más céntrico , en la actualidad ya con 4 meses desde su puesta en marcha se han notado cambios muy sustanciales, como mayor presencia, mayor llegada de nuestras promociones logrando un mayor posicionamiento, mayor fidelidad e incluso la llegada de nuevos clientes ya que con cada compra de combustible se les da la oportunidad a nuestros cliente de llevar no solamente el producto en sí, si no también se llevan la posibilidad de adquirir productos y/o servicios que sus herramientas de trabajo (autos - mototaxis) necesitarán en cualquier momento y esto gracias a nuestra promoción bandera acumula puntos.





Capítulo 2. Paper aplicado

2.1 Marco Teórico

Entre las herramientas que se aplican en las políticas de la competencia en el mundo, se conoce que las más eficaces y esenciales han llegado a ser los programas de clemencia. Sin embargo, como parte de estas herramientas, países desarrollados como Estados Unidos y Reino Unido han puesto en marcha la penalización a los cárteles con el propósito de llegar a tener sobre ellos un mayor efecto disuasivo, especialmente en la formación de futuros cárteles, este efecto lo analizaremos más adelante.

El programa de clemencia fue puesto a prueba por primera vez en Estado Unidos en el año de 1978, el cual al ser exitoso los países que conforman la OCDE (Organización para la cooperación y el Desarrollo Económico) lo replicaron, fue así como en Europa se puso en marcha en el año de 1992 y Perú a pesar de no pertenecer a la OCDE, tomo en cuenta sus recomendaciones poniéndolo en marcha en el año de 1996. Y a pesar de que, en el Perú, en sus primeros años este no tuvo mayor impacto, a partir del año 2012 empezó a ser utilizado, llegando a detectarse carteles que resultaban ser muy dañinos para la economía peruana.

En Perú, el Programa de Clemencia se basa en otorga beneficios de exoneración o reducción de sanción para las personas o empresas que lleguen a presentar pruebas determinantes para sancionar una infracción, de esta manera podemos reconocer tres tipos de recompensas²:

- Tipo A: La recompensa es el 100% de la multa para la empresa que revele su existencia y preste su colaboración en la investigación, antes que se detecte el cártel.
- Tipo B: La recompensa es entre el 50% y 100% de la multa, luego de detectado el cártel. El beneficio dependerá de la calidad de la información aportada.
- Tipo C: La recompensa es de hasta el 50% de la multa, luego del inicio del procedimiento sancionador, o cuando haya solicitudes de beneficios previas. El beneficio dependerá del orden en que se reciba la solicitud y la calidad de la información aportada³.

La experiencia internacional nos expone que; para que el programa de clemencia sea exitoso, se necesita otorgar mayores incentivos a los participantes que se acogen al mismo, de esta manera será difícil de sostener un cartel por mucho tiempo ya que algún participante se verá tentado en ser el primero en “jalar el gatillo”, disolviendo así el cártel y saliendo ileso de esa colusión con reducciones en las multas y además sin delitos penales que resolver.

Así pues, en Perú, el Indecopi, entre el 2016 y 2020, pudo sancionar y desarticular quince casos de cárteles o colusión; es decir, acuerdos entre competidores sobre precios, producción, mercados y clientes o el resultado de las licitaciones públicas.

Por lo que, el programa de clemencia ha demostrado ser para Indecopi, la herramienta más útil para la desarticulación de cárteles de diversos sectores.

Sin embargo, a mediados del año 2020, el congreso decidió aprobar la ley 31040-2020, la cual trae consigo modificaciones al código penal y al código de protección y defensa del consumidor que establece sanciones para los delitos de acaparamiento, especulación y adulteración en situación sanitaria.

Y, desde la aprobación de la mencionada ley, Indecopi, no ha recibido ninguna denuncia con respecto a casos de colusión - cárteles, ya que se considera que ninguna empresa o empleado decidirá revelar hechos de colusión si este pudiese conducirlo a un proceso penal. A pesar de que en el año 2020 Indecopi recibió 02 denuncias, ambas corresponden a antes de la aprobación de la mencionada ley.

Por lo que, a raíz de su aprobación la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, el 31 de agosto del 2020, elaboró y aprobó el "Informe sobre la Ley 31040, que aprueba la imposición de sanciones penales contra conductas anticompetitivas".

Este documento resume lo

1. Avala el uso de la sanción penal solamente cuando se trate de cárteles de núcleo duro, ya que la mencionada ley no restringe su aplicación solo a cárteles⁴, tal como ocurre en la experiencia comparada, esto dado que se trata de la conducta más nociva para la competencia y bienestar del consumidor. Definiendo como cartel de núcleo duro:

Son acuerdos entre empresas para no competir, en los que se adoptan una o más de las siguientes conductas: a) la fijación de precios; b) el tamaño de licitaciones; c) el establecimiento de restricciones o cuotas de producción; d) la división o reparto de mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio. Los acuerdos anticompetitivos pueden ser realizados entre empresas en un mismo plano o nivel en el mercado; o sea, entre competidores directos (acuerdos horizontales), o entre empresas que se sitúan en niveles diversos y no compiten entre ellas, como, por ejemplo, proveedores y principales (acuerdos verticales); por consiguiente, se trata de conductas racionales tanto desde el punto de vista económico como jurídico. (Fortes, 2016, p.02)

2. La persecución penal de las conductas anticompetitivas debería encontrarse supeditada a la previa declaración de responsabilidad administrativa por parte de la autoridad de competencia, la que además debería tener el carácter de firme.

3. Resalta la importancia de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en donde esta debería actuar como primer filtro para determinar qué conductas podrían merecer, adicionalmente a la persecución administrativa, una en el ámbito penal.

De esta manera, el Indecopi conocerá la información de los expedientes sobre los cárteles, la gravedad de las conductas evaluadas, la fortaleza del material probatorio para sustentar un caso penal, entre otros factores.

En consecuencia, es necesario que la penalización de los cárteles, lejos de limitar la herramienta más poderosa que tiene Indecopi, le ayude a promoverla.

2.2 Literatura Empírica

La colusión trae consigo efectos negativos a la economía de una sociedad o incluso de un país.

Las empresas independientes deciden unirse para aumentar los precios, reducir la producción, compartir mercados, acordar ofertas. Y la manipulación de licitaciones es un ejemplo de los cárteles de núcleo duro donde las empresas se unen para elevar los precios de la oferta, para disminuir la calidad del bien y los servicios, para compartir o dividir los contratos. Le quita dinero al público, pero también reduce la confianza en las instituciones⁵, en los mercados públicos “Los estudios empíricos muestran que los precios a menudo están un 20% o más por encima del precio competitivo cuando tenemos licitaciones falsas. Lo que significa que el Estado y los contribuyentes pagan 20% o más de lo que deberían pagar por los bienes y servicios. Para el 50% del gasto gubernamental total que tenemos en Perú, el gobierno está pagando el 20% o más de esos bienes y servicios cuando las compañías están coludiendo. (Gomes, 2018, p. 22).

Así Ivaldi, Jenny y Khimich (2017), decidieron estimar el daño económico causado por la colusión, midiendo el sobreprecio y las pérdidas de bienestar de los consumidores, en términos de PBI. Los datos que obtuvieron en su estudio confirmaron que el impacto económico de los cárteles puede ser realmente sustancial, así en términos de ventas afectadas relacionadas con el producto bruto interno (PBI) , la tasa máxima alcanzada es hasta 6,38%, mientras que el daño real en términos de excesivos beneficios de los cárteles resultantes de los precios excesivos alcanza casi 1% cuando esos beneficios están relacionados con el PBI. Por último, cuando analizaron la probabilidad anual máxima de descubrir un cartel existente, descubrieron que esta es de alrededor de 24%, pero en realidad sugirieron que el daño real podría llegar a ser hasta 4 veces más.

En adición, Matos (2021), logró identificar que el sobreprecio a largo plazo en promedio de todos los tipos de carteles es de 23% mayor a la situación de competencia y en los cárteles más dañinos puede alcanzar un 80%. Adicionalmente Mendoza (2021), nos expone que en países en vía de desarrollo como es el caso peruano, un “mercado cartelizado” puede llegar a reducir la producción hasta un 15.1%, afectando así la oferta del mercado.

Precisamente, se logró detectar que entre los casos de cárteles de mayor impacto para la economía del Perú se encuentran los casos de los mercados de oxígeno medicinal, hemodiálisis, papel higiénico, balón de gas, GLP vehicular, farmacias, transporte marítimo y terrestre, entre otros.⁶ Estos, captaron la atención tanto de la prensa como de actores políticos (congreso de la república), llevando así a la promulgación de la ley 31040 – 2020, anteriormente mencionada, por lo que no es lo mismo pagar una multa que ir a la cárcel.

No obstante, es importante señalar, que casos como el del “papel higiénico” y el de “las imprentas”, por ejemplo, no hubieran sido posibles descubrir sin ayuda de los programas de clemencias. Y esto dado que, en el caso del producto papel higiénico, la empresa Kimberly Clark Perú S.R.L. como la empresa Productos Tissue del Perú S.A. (Protisa), teniendo cerca del 90% del mercado nacional, habían impuesto un sobreprecio a este producto que resultaba ser casi imperceptible, inclusive para las autoridades de competencia, que son las que constantemente se encuentran monitoreando el mercado. Fue así que al llegar a valorar el sobregasto promedio estimado anual entre los años 2003 al 2016, este fue de s/.1.80 soles; sin embargo, estas empresas no solamente comercializaban el producto anteriormente mencionado, si no también otros productos, como papel tissue, servilletas, papel toalla y facial. El precio que concertaron se elevó durante los años 2005 al 2014. Por lo que, una vez que se logró desarticular el cártel, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi (GEE) quiso estimar los beneficios que traía consigo la aplicación del programa de clemencia en la economía peruana, llegando a estimar así un ahorro potencial de s/.1,144 millones de soles (año 2015 como año base, año que se desarticuló el cartel), lo que equivale a un 410% más que la multa que se le llegó a exonerar a Kimberly Clark (s/.171.66 millones de soles equivalente al 100% de la multa), llegando a probar de esta manera la importancia y la eficacia que trae consigo el programa de clemencia.

Del mismo modo, sucedió con el caso de las imprentas, en donde la empresa Quad/ Graphics Perú S.A. y las empresas vinculadas Amauta Impresiones Comerciales S.A.C y Empresa editora El Comercio S.A., se vieron envueltas en prácticas anticompetitivas en el mercado de servicios de impresión durante el periodo 2011 al 2017, estas empresas decidieron repartirse el mercado privado y además el mercado Público (MINEDU), este último correspondiente a la impresión de textos escolares. El trato consistía en que ninguna llegase a ofertar en contra de la otra. Según las investigaciones que realizó el Indecopi, las ventas al estado de los miembros del cartel representaron, según cada empresa, entre el 14% y 43% de sus ingresos totales en el periodo en que se coludieron, por lo que el estado peruano terminó desembolsando más dinero del que debió. Fue así que, la detección de este cártel, llegó a ser posible gracias al programa de clemencia en donde el grupo empresarial El Comercio S.A. se acogió al mismo brindando valiosa información que ayudó a

desarticularlo. Este grupo empresarial no pagó multas y además no paso por ningún proceso penal, caso contrario hubiera sucedido si la ley del congreso hubiera estado aprobada en aquel momento.

Así también, como parte de la evidencia internacional, podemos mencionar el caso Chileno. La ley de Defensa de la libre competencia de Chile (ley n° 211,1973), prohíbe la colusión, pero la historia nos demuestra que no se ha implementado de manera eficaz, por lo que a través de los años esta ley a sufrido modificaciones buscando volverse más eficaz en el combate a la colusión, analizando y siguiendo los casos más emblemáticos como los de Estados Unidos, la Unión Europea, Inglaterra y Australia e incluso los más recientes como son el caso de Corea del Sur y Brasil. Chile es el caso más cercano que tenemos en aplicación de sanciones penales en el caso de colusión, por lo que examinaremos su evidencia. La ley N° 211,1973 sufre las siguientes modificaciones:

- 1959: Primera ley de defensa de la competencia, fijando sanciones tanto civiles y penales.
- 1963: Se amplió las facultades de la comisión antimonopolio y se creó el cargo de fiscal.
- 2003: Se eliminaron las sanciones penales, ya que debido a los altos estándares probatorios para aplicarlos estas sanciones no se han utilizado en anteriores ocasiones.
- 2009: Se agregó la delación compensada y el incremento de multas, hasta 3000 (UTAs – unidades tributarias anuales).
- 2016: Eliminación de los topes de multas, sanciones de inhabilitación de los cargos públicos, introducción de la regla per se para “cárteles de núcleo duro”⁷, la criminalización de la colusión (principalmente por presiones de la opinión pública), fortalecimiento de la delación compensada (tanto administrativa como penal).

Entre los desafíos que enfrenta la reforma de la mencionada ley en cuanto a las sanciones penales, encontramos que uno de los problemas son los estándares de pruebas; es decir, estos crecen considerablemente, además de la presión que ejerce la opinión pública sobre la fiscalía nacional económica (FNE) para obtener condenas penales, esto induce a enfocarse solo en aquellos casos donde exista una delación compensada con pruebas “duras” de culpabilidad.

Entre otros peligros están la disminución del riesgo de detección, los desincentivos a delatarse, así como también que los carteles que se lleguen a sancionar lleguen a ser los más inestables y llegando a ser casi imposible de detectar a los carteles más fuertes, volviéndose de esta manera más estables ante la inexistencia de persecución en caso de no haber delación, los incentivos a la delación desaparecen, llevándolos a los cárteles en una posición mejor que antes.

Además, la opción penal podría ser también poco creíble, ya que no se sabe la disposición real a poner sanciones penales por parte de los tribunales. La experiencia internacional sugiere que los jueces son reticentes a imponer penas de cárcel a los delincuentes de cuello blanco y en particular en un país pequeño como Chile (aun teniendo todas las herramientas adecuadas los tribunales se decidan

aplicarlas). Esto dependerá además de la gravedad de las conductas. Como antecedente tenemos el caso de “La Polar”; por malas prácticas financieras y corporativas parecidas al daño causado por los acuerdos de colusión del caso de las AFP y sin embargo las sanciones fueron en su mayoría multas así que es razonable preguntarse por la implementación efectiva de las sanciones penales. (Aydin y Figueroa, 2016, p. 97).

Del mismo modo, lo explican Ramos y Sierpe (2021), en donde después de realizar un exhaustivo análisis del caso de la criminalización de carteles en Chile, llegan a la conclusión que la delación compensada entra bajo amenaza debido a esta herramienta de penalización en donde lejos de fortalecerla, estaría generando un desincentivo en su uso, debido al aumento excesivo de las sanciones penales en cierto tipo de colusiones, olvidándose de la protección que debe establecerse para obtener un adecuado funcionamiento de la delación compensada, la misma que se debe precisar funciona en base a incentivos y debido al cambio en las leyes Chilenas que se están proponiendo, estos pueden llegar a ser revocados si durante el proceso ante el TDLC (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia) se demuestra fehacientemente que el beneficiado por la delación fue el organizador o coaccionador del cartel.

Es importante precisar además que, según el profesor de la Universidad de Leeds (Reino Unido), Peter Whelan (2018), las diferentes jurisdicciones tienen sus propias particularidades y no podríamos pretender que ciertas soluciones apliquen perfectamente en otros países. No obstante, como se trata de delitos contra la economía, y no de crímenes como la violación o el homicidio, recomendó ser cuidadosos al tratar la criminalización.

En Estados Unidos, por ejemplo, la sanción es de un máximo 10 años de cárcel, dijo la académica Franziska Weber, de la Universidad de Hamburgo: “La realidad es que en 1969 fue la última vez en que se condenó a alguien por abuso de posición dominante”, y contó que se han dictado condenas de hasta 5 años de prisión.

En cuanto a la extradición, las autoridades la persiguen, cuando las legislaciones se los permite.

Es así como, en el caso de la Unión Europea, por el contrario, a Estados Unidos, hay un gran número de países que no contemplan sanciones penales, como por ejemplo Bélgica, Bulgaria, Suiza, Finlandia, entre otros, por lo que se debe ser cuidadosos al momento de la aplicación de alguna sanción penal, sobre todo en casos de extradición de empresas internacionales.

“Las condenas suelen tener una sanción alternativa que no lleva a prisión efectiva”, aclaró Martín (2018).

Fue así que para que el programa de clemencia y la criminalización de los cárteles puedan apoyarse entre ellos Aydin y Figueroa (2016) sugieren que en caso de la delación compensada exista protección total; es decir, no solamente con temas de multas y sanciones penales, sino que además incluya las indemnizaciones. Adicionalmente, para el futuro se puede llegar a instalar un sistema

“whistleblowers”, que consiste en entregar protección legal y también recompensas monetarias a individuos que provean de información, tal como se lleva a cabo en países como Corea del Sur, Hungría, Pakistán, Singapur y Reino Unido. Empero, hablar de protección que incluya indemnizaciones es mucho más complicado, ya que no se estaría tomando en cuenta a las personas o empresas que resultaron verdaderamente agraviadas producto de los cárteles.

Por último, Jaspers (2020) expone mediante la evidencia internacional, su reciente estudio, donde casi el 60% de los cárteles detectados en Europa se llegan a descubrir gracias a la Indulgencia, o programas de clemencias como se le conoce en Perú, por lo que esta resulta ser la herramienta más aplicada para descubrir a los cárteles. Es así que el estudio se centra en los Países Bajos en donde bajo tres supuestos (racionalidad de las empresas con toma de decisiones únicas, los cartelistas tienen información precisa de los costos y beneficios del cartel y por último disuadir multas y amenazas creíbles hacen de la indulgencia una opción atractiva) y además de un estudio de entrevistas cualitativas sobre indulgencia (entrevistas a cartelistas, abogados de competencia y asesores legales internos); compara la literatura empírica existente sobre la indulgencia. Llegando así a los siguientes resultados; el cumplimiento y la relación con la ley difieren entre empresas grandes y pequeñas, las empresas utilizan la indulgencia de forma estratégica, varios desincentivos hacen de la indulgencia una opción muy poco atractiva para los cartelistas, estos desincentivos incluyen evidencia insuficiente para una solicitud, reacción en el mercado pero sobre todo la influencia de los procesos de daños y perjuicios posteriores a las investigaciones y multas de las autoridades públicas de competencia, a esto también se le conoce como criminalización de cárteles. Por lo que, la aplicación privada parece disminuir el número de solicitudes de clemencia y, por lo tanto, ralentiza la aplicación pública de los cárteles. De esta manera el estudio termina concluyendo y demostrando los principales desincentivos para no pedir indulgencia, estando entre uno de los motivos el proceso de daños y perjuicios (criminalización de los cárteles).



Conclusiones

Ante el análisis planteado acerca de si la decisión de otorgar sanciones penales a los cárteles en el Perú es buena o mala desde el punto de vista del combate a la colusión, se encuentra que el resultado es desfavorable y que de acuerdo a la evidencia teórica y empírica internacional la penalización de los cárteles ha significado un desincentivo en el uso de la indulgencia o también llamada programa de clemencia. Pudiendo ser contraproducente para llegar a detectar cárteles más establecidos y sofisticados.

La principal justificación para la criminalización de los cárteles es la disuasión. Tratando de esta manera de frenar cárteles futuros y de sancionar las acciones ilícitas de los funcionarios involucrados. De esta manera no solo se lograría un efecto disuasivo si no también genera un estigma social y, por consiguiente, aunque una multa sea muy sencilla de pagar, reponer al funcionario que estaba en el puesto de trabajo de la empresa involucrada sería muy difícil.

Sin embargo, a pesar que un país cuente con todas las herramientas tanto a nivel estadístico como monetario para identificar a los cárteles, al momento que estos lleguen a un juzgado para ser sancionados, se debe tener en cuenta que quienes tomarán la decisión de la pena privativa de la libertad son los jueces en los tribunales, y son justamente estos quienes en una mayoría muy considerable llegan a encontrar innecesario el encarcelamiento poniendo solamente multas, pero el sólo hecho que se llegue a abrir un proceso penal dificultaría y dilataría el proceso e inclusive sería muy difícil poder obtener algunas confesiones y evidencia fehaciente.

Finalmente, se recomienda que las autoridades de competencia no solo se enfoquen en el hecho sancionador, sino que es importante analizar que pasa después que se ha logrado identificar y sancionar a los cárteles, cual es la situación de los precios, de la calidad de los productos o servicios y que pasa además con la entrada de nuevos actores competidores, ya que de esta manera se sabrá verdaderamente hasta donde se ha llegado a perjudicar a una economía, debido a que el “efecto paraguas” puede continuar, aun cuando el cártel haya sido sancionado. Además, es importante cuantificar el efectivo de pérdida de bienestar social cada vez que se llegue a detectar y sancionar a un cártel, para que de esta manera se exponga y cuantifique con pruebas, el verdadero efecto monetario que se obtiene al aplicarse de manera exitosa la indulgencia.



Lista de referencias

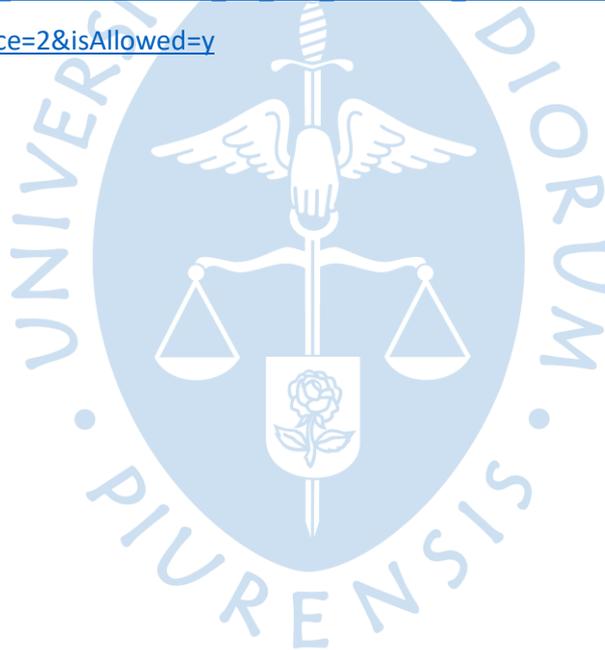
- Aydin, U. y Figueroa, N. (2016). Carteles: propuestas para un combate efectivo a la colusión. <https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2017/04/CAP.-3.pdf>
- Benza, P. (2021, 13 de mayo). Sudaca. *El cartel de las imprentas: Indecopi sanciona a El comercio por concertar precios en ventas al Estado*. <https://sudaca.pe/noticia/informes/el-cartel-de-las-imprentas-indecopi-sanciona-a-el-comercio-por-concertar-precios-en-ventas-al-estado/>
- Buendía Quijandría, P. (2020). Indecopi: Solo se deben sancionar penalmente a los “cárteles duros”. Diario El Peruano. <https://elperuano.pe/noticia/109706-indecopi-solo-se-deben-sancionar-penalmente-a-los-carteles-duros>
- Fortes, R. (2016). Análisis costo-beneficio de los cárteles económicos de núcleo duro. <https://ficp.es/wp-content/uploads/2016/11/Fonseca-Fortes-Furtado-An%C3%A1lisis-coste-beneficio-de-los-carteles-econ%C3%B3micos.pdf>
- Gomes, A. (2018, del 9 de julio). Mejores prácticas de la ODCE para combatir cárteles y promover más competencia en procesos de contratación Pública [Conferencia Internacional]. *DIA DE LA COMPETENCIA DE PERU*, Lima, Perú.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la propiedad Intelectual [INDECOPI] (2021, 13 de mayo). El Indecopi sanciona con más de s/.25 millones a empresas que formaron cartel para repartirse mercado de impresión de textos escolares. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/492729-el-indecopi-sanciona-con-mas-de-s-25-millones-a-empresas-que-formaron-cartel-para-repartirse-mercado-de-impresion-de-textos-escolares>
- Instituto Nacional de la competencia y de la protección de la propiedad intelectual [INDECOPI]. *Programa de clemencia*. <https://www.indecopi.gob.pe/programa-de-clemencia>
- Instituto Nacional de la competencia y de la protección de la propiedad intelectual [INDECOPI]. (2018). Desactivación de cartel de papel higiénico logró ahorrar potencial de s/.1,144 millones. Diario Gestión. <https://gestion.pe/economia/indecopi-desactivacion-cartel-papel-higienico-logro-ahorro-potencial-s-1-144-millones-248155-noticia/?ref=gesr>
- Ivaldi, M., Jenny, F. & khimich, A. (2017). Cartel damages to the economy: An assessment for developing countries.
- Jaspers J.D. (2020). Leniency in Exchange for cartel confessions
- Martin, S. (2018). Tendencias internacionales en colusión y libre competencia. Idealex press. <https://idealex.press/tendencias-internacionales-colusion-libre-competencia/>
- Mendoza, R. (2021, 06 de enero). Criminalización de cárteles y el programa de clemencia en el Perú: Complementariedad o debilitamiento. Económica. <https://economica.pe/criminalizacion-de-carteles-y-el-programa-de-clemencia-en-el-peru-complementariedad-o-debilitamiento/>

Motta, M. & Polo, M., (1999). Leniency programs and cartel prosecution.

Plataforma Digital Única del Estado Peruano [gob.pe]. (2021, 13 de mayo). *El Indecopi sanciona con mas de s/.25 millones a empresas que formaron cartel para repartirse mercado de impresión de textos escolares*. <https://www.gob.pe/id/institucion/indecopi/noticias/492729-el-indecopi-sanciona-con-mas-de-s-25-millones-a-empresas-que-formaron-cartel-para-repartirse-mercado-de-impresion-de-textos-escolares>

Rosales, S. (2021, 20 de julio). Programa de Clemencias del Indecopi, sin nuevos colaboradores tras cambio en norma penal. *Diario Gestión*, 1. <https://gestion.pe/economia/programa-de-clemencia-del-indecopi-sin-nuevos-colaboradores-tras-cambio-en-norma-penal-noticia/>

Whelan, P., Zuñiga M. y Fernández D. (2018). Criminalización de los cárteles: experiencia comparada y desafíos [Conferencia Internacional]. https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7771/EBOOK_CONFERENCIA_INTERNACIONAL_CRIMINALIZACION_DE_LOS_CARTELES_EXPERIENCIA_COMPARADA_Y_DESAFIOS.pdf?sequence=2&isAllowed=y



Anexos





Anexo 1. Constancia de trabajo

Grifo Santa Maria Rosa Mistica S.R.L.

Venta de Gasoholes 84, 90Plus, Diesel B5, Aceite y Lubricantes

CERTIFICADO DE TRABAJO

El que suscribe:

GRIFO SANTA MARIA ROSA MISTICA S.R.L.

RUC: 20601385547

Que, Doña **MARIA BEATRIZ ORTIZ CALERO**, con **DNI N°70192710**,
labora en esta empresa desempeñándose como **GERENTE GENERAL**, desde Noviembre
del 2016 hasta la actualidad.

Se expide la presente certificación para los fines convenientes.

Tumbes, 27 de Agosto 2021



María Beatriz Ortiz Calero
Gerente General

Carretera Panamericana Norte Km. 1276
Tumbes - Perú

RUC: 20601385547
E-mail: gsmrosamistica@hotmail.es

Cel.:#945198741

Nota. Constancia de trabajo otorgada por Grifo Rosa Maria Mistica S.R.L

Anexo 2. Constancia de diplomado



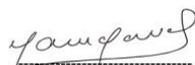
La **Universidad ESAN** y **ESAN Graduate School of Business** confieren este diploma a:

Maria Beatriz Ortiz Calero

Por haber aprobado y concluido satisfactoriamente el

Diploma de Especialización en Gestión y Dirección Financiera

Desarrollado en 220 horas lectivas, en la ciudad de Lima, del 10 de setiembre de 2020 al 22 de abril de 2021.


Peter Yamakawa Tsuja
Decano ESAN


Jorge Talavera Traverso
Rector

Consta en el Registro de Diplomas de esta Universidad a folio número 3465

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por la Universidad Esan, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 100-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas en el siguiente código de verificación:3465.



Nota. Constancia emitida por ESAN Business



Notas al pie de página

¹ El 21 de agosto del 2020 el Congreso de la República aprobó por insistencia la Ley Nº 31040, que reincorporó, entre otros aspectos, al Código Penal el delito denominado abuso del poder económico (artículo 232).

“El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.”

² Lineamientos del programa de clemencia del Indecopi.

³Instituto nacional de la competencia y de la protección de la propiedad intelectual [INDECOPI]. <https://www.indecopi.gob.pe/programa-de-clemencia>

⁴Ley N° 31040: “Artículo 232:

a) Abuso del poder económico. - pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.

b) Artículo 233.- Acaparamiento. - pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

c) Artículo 234.- Especulación y alteración de pesos y medidas. - pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

d) Artículo 235.- Adulteración. - pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

⁵ Entre las modalidades corruptas más lesivas contra el estado peruano para el año 2018 se encuentra en primer lugar el delito de peculato mientras que el delito de colusión se posiciona en segundo lugar.

URL: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/el-delito-de-colusion-una-de-las-modalidades-corruptas-mas-lesivas-contr-el-estado/>
<https://www.defensoria.gob.pe/presentamos-los-mapas-de-la-corrupcion-en-el-peru-a-nivel-nacional/>

⁶Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la propiedad Intelectual [INDECOPI] 2021, 13 de mayo). El Indecopi sanciona con más de s/.25 millones a empresas que formaron cártel para repartirse mercado de impresión de textos escolares. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/492729-el-indecopi-sanciona-con-mas-de-s-25-millones-a-empresas-que-formaron-cartel-para-repartirse-mercado-de-impresion-de-textos-escolares>

⁷ La regla per se significa que para sancionarla no es necesario demostrar que la acción del cartel es abusiva o que se ha dañado a terceros, y los cartelistas no pueden invocar una defensa de eficiencia.