

# EXÁMENES INTER-PARES DE LA OCDE Y EL BID SOBRE EL DERECHO Y POLÍTICA DE COMPETENCIA: PERÚ

ASPECTOS CLAVE • [WWW.OECD.ORG/DAF/COMPETITION](http://WWW.OECD.ORG/DAF/COMPETITION)

## Aspectos clave del informe sobre la implementación de recomendaciones anteriores

Perú ha implementado recientemente un importante número de reformas en materia de competencia: ello evidencia los ambiciosos esfuerzos de Indecopi y el gobierno peruano para mejorar la efectiva aplicación de las reglas de competencia y fomentar un mejor funcionamiento de los mercados. Para dar un mayor impulso a estos esfuerzos de reforma, Perú solicitó una revisión por parte de la OCDE de su ley y de sus políticas de competencia. Esta revisión se realizó bajo el auspicio del Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia de la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo.

Esta revisión encuentra que el régimen de competencia de Perú es activo y está en línea con los estándares y prácticas reconocidas internacionalmente, con ciertas excepciones. Perú carece de un régimen de control de fusiones. Además, es especialmente preocupante que el marco legal presente una serie de riesgos para la autonomía e independencia del Indecopi y de sus órganos de decisión. La implementación de las recomendaciones de esta Revisión requerirá el compromiso y la acción tanto del gobierno del Perú como del Indecopi.

### Diseño y recursos institucionales

La independencia de la agencia es un requisito previo para la aplicación efectiva de las normas de competencia. La independencia permite a las autoridades de competencia tomar decisiones basadas únicamente en razones legales y económicas en lugar de consideraciones políticas.

Indecopi tiene un estatus legal independiente de derecho público interno y parece haber sido inmune a las presiones políticas. Sus organismos de competencia gozan de plena autonomía respecto de qué casos investigar y cómo decidirlos.

Sin embargo, el marco legal actual de Indecopi crea riesgos para su independencia y para sus órganos de decisión, los que podrían mitigarse con la adopción de mecanismos formales. Estos mecanismos adquieren mayor importancia en caso el Indecopi asuma poderes que tienen más probabilidades de atraer intentos de dirigir o controlar sus decisiones, como es el caso del control de fusiones. Tales medidas incluyen las siguientes:

- ✓ El nombramiento en todas las posiciones en Indecopi debe ser objeto de un procedimiento abierto que establezca criterios transparentes para la selección de perfiles para cada posición.
- ✓ El nombramiento del Consejo Directivo, de los miembros del Tribunal y los Comisionados debe hacerse por mayoría cualificada; y / o por un cuerpo constitucionalmente autónomo y no por el gobierno de turno.
- ✓ Alternancia en el nombramiento de los miembros del Consejo Directivo, las Comisiones y los Tribunales para garantizar que un solo gobierno / legislatura / administración presidencial no designe a todos los miembros y para evitar una pérdida de continuidad como producto del fin de mandatos al mismo tiempo.
- ✓ Reforzar legalmente las posiciones del personal técnico y los comisionados, por ejemplo, deben estar protegidos de la posibilidad de remoción como resultado de una decisión administrativa del Consejo Directivo que está designado políticamente.

Toda autoridad necesita un número suficiente de personal calificado y experimentado para implementar su mandato de manera efectiva.

Indecopi es grande y se beneficia de una fuente de financiamiento estable y autónoma. Su liderazgo dedicado y su personal han llevado a un mayor cumplimiento de las reglas de competencia con resultados positivos significativos. No obstante, los organismos de competencia de Indecopi tienen poco más de 50 profesionales, incluidos los comisionados de tiempo parcial y los miembros del Tribunal. El área de Competencia se beneficiaría al contar con un mayor número de empleados, lo que es de absoluta necesidad en caso el Indecopi tenga la obligación de revisar fusiones en el futuro. La falta de personal del área de Competencia debe considerarse de manera conjunta con las quejas sobre la duración de los procedimientos de competencia, y sobre la Comisión de Competencia, cuyos miembros trabajan a tiempo parcial por muy poco dinero, siendo demasiado dependientes de la Secretaría Técnica. Se dice que esta supuesta dependencia conduce a una confusión en la distinción entre los roles de investigación y de toma de decisiones.

Los salarios promedio poco atractivos pagados a los empleados de Indecopi socavan su capacidad para atraer y retener personal de alta calidad. Las discrepancias entre los salarios de los sectores público y privado son comunes en todo el mundo. La existencia de un tope salarial de la función pública que se aplica a Indecopi y otros reguladores, pero no a organismos especializados comparables, como el Banco Central o el Regulador Financiero, crea una discrepancia mayor entre los salarios de los sectores público y privado en actividades relacionadas con las políticas de competencia, y plantea problemas importantes en términos de retención de personal calificado.

## **Poderes de Investigación y Cumplimiento**

El control de fusiones contribuye de varias maneras a salvaguardar la estructura competitiva de los mercados. Puede ayudar a identificar las fusiones que podrían causar daños al consumidor al reducir la competencia entre empresas rivales y / o excluir a los competidores. Sin el control de fusiones, los competidores pueden eludir la prohibición de los acuerdos anticompetitivos mediante la fusión, con efectos potencialmente similares a los de un cartel inmune al control antimonopolio. Estos efectos anticompetitivos pueden ser difíciles de abordar de manera efectiva con otras herramientas. La mayoría de las jurisdicciones tienen un sistema de notificación previa obligatorio: las transacciones que cumplen con ciertos umbrales mínimos solo pueden completarse después de

que la autoridad de competencia respectiva haya otorgado la autorización. Los sistemas de notificación previa se basan en el supuesto de que es mucho más fácil prevenir que solucionar un problema de competencia que surge de una transacción estructural. A diferencia de los estándares internacionales, Perú carece de un régimen de control de fusiones, excepto en los mercados de generación, transmisión y distribución de electricidad que cumplen con algunos umbrales de participación de mercado. Más de cien jurisdicciones tienen regímenes de control de fusiones como parte de sus leyes de competencia. Este número incluye a todos los países miembros de la OCDE, excepto Luxemburgo, que, en cualquier caso, está sujeto al régimen de control de fusiones de la UE.

Perú se ha centrado principalmente en procesar a los cárteles, lo que lo ha llevado a un éxito indiscutible. No obstante, el cumplimiento normativo también debe dirigirse a otros acuerdos anticompetitivos horizontales y verticales y a los abusos de posición dominante, particularmente cuando, como es el caso en Perú, no existe un régimen de control de fusiones. El esfuerzo de cumplimiento normativo aplicado contra la manipulación de licitaciones en Perú es muy escaso, y existe una falta de coordinación entre Indecopi y los organismos de contratación pública competentes. La lucha contra las licitaciones colusorias es crucial para el desarrollo económico. Es un desafío que afecta la contratación pública en todo el mundo y cuesta a los contribuyentes de la OCDE miles de millones de dólares. Las experiencias en los países de la OCDE muestran que cuando las empresas se coluden y forman un cártel, el costo de los bienes y servicios puede aumentar en un 20% o más. Dado el impacto de las licitaciones colusorias en el erario público y los contribuyentes, es importante que Indecopi persiga de forma más agresiva el cumplimiento normativo contra la colusión en licitaciones públicas y que aumente la coordinación entre las autoridades de competencia y contratación pública.

El programa de clemencia de Perú ha despegado en los últimos años como resultado de reformas legales adoptadas luego de años de estancamiento. Estos desarrollos deben protegerse, en particular, preservando la integridad del programa y garantizando la confidencialidad de la información presentada.

Al calcular el monto de una multa, el Perú depende en gran medida del beneficio ilícito que se supone que el infractor ha obtenido como resultado de su conducta anticompetitiva. Es extremadamente difícil calcular el beneficio ilícito

con precisión y aumenta el costo de los procedimientos, así como la exitosa defensa judicial de las decisiones. Como consecuencia de ello, la mayoría de las jurisdicciones a menudo se basan en un proxy simple como el valor de las ventas o los ingresos en el mercado relevante.

Las preocupaciones con respecto a la duración de los procedimientos se ven agravadas por una regla reciente que establece un límite de tiempo máximo para las investigaciones, que, si se excede, hace que se finalicen los procedimientos. Las investigaciones corren el riesgo de ser apresuradas o no cerrarse a tiempo, debido a la complejidad de los procedimientos de competencia, las limitaciones de personal y los plazos exigentes. La Comisión corre el riesgo de centrarse en las infracciones que son más fáciles de probar en lugar de las más graves, lo que socava la calidad de la aplicación del cumplimiento normativo del Indecopi.

Las reformas legales recientes han buscado promover la adopción de procedimientos de acuerdos de conclusión y compromisos de cese. A pesar del aumento en el número de estos procedimientos desde entonces, los procedimientos parecen carecer de predictibilidad y certeza. Los observadores afirman que sería posible alentar un mayor número de acuerdos y compromisos, de manera tal que beneficie el cumplimiento normativo de la competencia y racionalice los recursos administrativos, al aumentar la transparencia y la predictibilidad de los procedimientos de acuerdo y compromiso de cese. Con respecto a los acuerdos, ya que los compromisos no suelen ser adecuados para los carteles, se debe tener cuidado para asegurar que tales medidas no sean tan favorables para los infractores como para poner en riesgo los incentivos para solicitar postularse al programa de clemencia.

## Abogacía de la competencia

Indecopi ha sido una fuerza impulsora del desarrollo de la cultura de competencia en el Perú y del aumento de la conciencia sobre la importancia de la competencia en la sociedad peruana. Ha implementado una impresionante variedad de iniciativas de abogacía de la competencia. La Escuela Indecopi es un ejemplo particularmente notable de cómo las agencias pueden promover el derecho de la competencia, crear conciencia de la importancia de la competencia y estrechar el relacionamiento con las partes interesadas relevantes, públicas y privadas, nacionales y extranjeras. El mandato de Indecopi incluye la evaluación de las barreras burocráticas en las entidades públicas que se centran en su ilegalidad o carencia de razonabilidad. Las recomendaciones de Indecopi son vinculantes para todas las entidades públicas, que deben eliminar dichas barreras si Indecopi así lo decide. Parece que Indecopi no proporciona opiniones similares sobre la legislación primaria a menos que se le solicite hacerlo. Indecopi podría desempeñar un papel importante en la promoción de la competencia si pudiera tomar la iniciativa de comentar sobre la legislación, especialmente cuando considera que son particularmente perjudiciales para la competencia.

Si bien tiene el poder de realizar estudios de mercado, la cantidad limitada de personal disponible para la Comisión de Competencia restringe la cantidad de estudios de abogacía que puede realizar en un año determinado, así como la cantidad de analistas asignados a los estudios. Indecopi debe continuar incrementando su limitada cantidad de guías relacionadas con la competencia y hacerlas de conocimiento de las partes interesadas relevantes.

## Principales recomendaciones

1. **Reforzar la independencia y la autonomía del Indecopi** mediante la adopción de mecanismos formales para el nombramiento de miembros de la Comisión, la Consejo Directivo y el Tribunal.
2. **Dedicar recursos suficientes y una cantidad suficiente de personal a actividades relacionadas con la competencia**, asegurar que los miembros de la Comisión de Competencia y el Tribunal ejerzan funciones a tiempo completo, y elevar los salarios del personal para niveles apropiados.
3. **Implementar un enfoque estratégico para la aplicación del derecho de competencia**, agilizar los procesos de toma de decisiones, mejorar la especialización, y capitalizar las sinergias de las diversas áreas de actividad de Indecopi.
4. **Adoptar un procedimiento de control de concentraciones**, alineando al Perú con las mejores prácticas internacionales.
5. **Asegurar que toda clase de conductas anticompetitivas estén sujetas a la aplicación del derecho de competencia**, incluyendo la lucha contra la colusión en licitaciones públicas.
6. **Fortalecer el programa de clemencia** y proteger los acuerdos de confidencialidad.
7. **Fomentar la tutela privada del derecho de competencia**, que actualmente está inactivo.
8. **Fortalecer los procedimientos de acuerdos y compromisos de cese**, haciéndolos más transparentes y predecibles: adoptar reglas o guías sobre los detalles de estos procedimientos.
9. **Reforzar los principios de debido proceso (due process) y transparencia**, emitir directrices sobre aspectos sustantivos del derecho de la competencia, garantizar que la toma de decisiones sea autónoma de las investigaciones, publicar autoevaluaciones anuales.
10. **Simplifique y agilizar el cálculo de las multas**, basándolas en datos fácilmente identificables.
11. **Ampliar el alcance e intensidad del control judicial en lo que concierne el control de los elementos sustantivos de las decisiones y las garantías procesales de debido proceso (due process)**, en particular mediante el aumento de la especialización de los jueces.
12. **Posicionar a Indecopi como un defensor de la competencia dentro del gobierno** habilitándole a revisar legislación y políticas públicas existentes o propuestas.

### Examens inter-pares del derecho y política de la competencia

Los "exámenes inter-pares" de l'OCDE han demostrado ser una herramienta valiosa para que los países reformen y fortalezcan sus marcos de competencia.

Los mecanismos de las evaluaciones varían, pero se basan en la voluntad de un país de presentar sus leyes y políticas para un cuestionamiento de fondo por parte de otros revisores.

El proceso proporciona informaciones valiosas sobre el país bajo estudio, y analiza a fondo las formas en que cada país se ocupa de las cuestiones de competencia y regulación, de la solidez de sus leyes y la estructura y eficacia de sus instituciones.

Por otra parte, estas revisiones incorporan recomendaciones de cambios en las políticas gubernamentales.

Muchas de las revisiones de pares de la OCDE realizadas en América Latina se llevan a cabo en cooperación con el Banco Interamericano de Desarrollo.

Argentina (2006)

Brasil (2010, 2005)

Chile (2004)

Colombia (2009)

Costa Rica (2014)

República Checa (2008)

Dinamarca (2015)

El Salvador (2008)

Unión Europea (2005)

Grecia (2018)

Honduras (2011)

Kazajstán (2016)

Latinoamérica  
(2006, 2007, 2012)

México (2004)

Panamá (2010)

Perú (2004)

Rumania (2014)

Rusia (2004)

Sudáfrica (2003)

Taipei Chino (2006)

Turquía (2005)

Ucrania (2008)

Vietnam (2018)

Accede a todos examens en [www.oecd.org/daf/competition](http://www.oecd.org/daf/competition)