

El “nuevo” delito de Abuso de Posición de Dominio en el Mercado y la importancia de los programas de cumplimiento

El sábado 29 de agosto de 2020 se publicó en el diario oficial “El Peruano” la Ley No. 31040, promulgada por el Presidente del Congreso de la República según el mecanismo de insistencia, previsto en el artículo 108° de la Constitución, ante la negativa manifestada por el Presidente de la República. Entre otros aspectos, esta norma legal, vigente desde el día siguiente de su publicación, reinserta en el ordenamiento penal —con ciertos matices— el antiguo “delito de abuso de poder económico”, despenalizado en julio de 2008 con la entrada en vigencia de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo No. 1034).

Luego de 12 años de permanecer como una infracción de carácter eminentemente administrativo, cuya investigación y sanción se encontraba exclusivamente a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), las prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado y la participación en acuerdos

restrictivos de la actividad productiva, mercantil o de servicios, vuelve ahora a sancionarse en el artículo 232° del Código Penal, con penas de privación de libertad en el rango de 2 a 6 años e inhabilitación para operar comercialmente, en tanto tuvieren la finalidad de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia.

El respeto al principio de subsidiariedad (*ultima ratio*) del Derecho penal económico, aconseja que con anterioridad a la decisión de formalización de cargos penales, el Ministerio Público inste la participación especializada de los organismos supervisores de la libre competencia (*i.e.* INDECOPI u OSIPTTEL), para determinar si la práctica atribuida puede calificarse como negativa injustificada a contratar, imposición abusiva de cláusulas de atadura, repartición del mercado o fijación concertada de precios, etc., o si en el caso concreto la posición que ostenta el agente en el mercado puede calificarse de “dominante”.

“

Se reconoce que las empresas tienen la potestad de definir el alcance de sus Programas de Cumplimiento en materia de Libre Competencia en función a sus características particulares

”

Así, por ejemplo, se entiende que una persona o empresa ocupa una posición de dominio cuando su sola decisión puede restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o la demanda de un mercado específico. De este modo, la calificación de un agente económico como dominante supone la evaluación no solo de aspectos legales, sino también económicos relacionados con el nivel de concentración del mercado por parte del agente y de su participación en él.

En el plano preventivo, cabe destacar las guías y lineamientos elaborados por INDECOPI sobre diseño de Programas de Cumplimiento en materia de Libre Competencia, cuya necesaria implementación se ve ahora reforzada para mitigar y gestionar apropiadamente riesgos cuya materialización excede el ámbito administrativo para trascender al campo de las consecuencias penales.

Si bien se reconoce que las empresas tienen la potestad de definir el alcance de sus Programas de Cumplimiento en materia de Libre Competencia en función a sus características particulares, INDECOPI considera los siguientes componentes esenciales: (i) compromiso real de cumplir de la alta dirección; (ii) identificación y gestión de riesgos actuales y potenciales; (iii) procedimientos y protocolos internos; (iv) capacitaciones para trabajadores; (v) actualización constante y monitoreo; (vi) auditorías; (vii) procedimientos para consultas y denuncias; y, (viii) designación de un Oficial o Comité de Cumplimiento.

Ciertamente, la experiencia ganada durante este tiempo por las divisiones de *Compliance* en materia de implementación de Programas Anticorrupción y de Prevención del Lavado de Activos bajo los estándares de la Ley No. 30424 y su Reglamento, debe ser aprovechada para integrar en el modelo de prevención la gestión de riesgos asociados a prácticas anticompetitivas, con los matices propios de la especialización de la materia.

Noticias Relevantes

El 29 de agosto de 2020, se publicó la Ley No. 31040, que introduce las siguientes modificaciones al Código Penal: (i) tipifica nuevamente —luego de 12 años— como figura delictiva las prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado; (ii) re-incorpora el delito de acaparamiento; y, (iii) modifica la tipificación de los delitos de especulación y adulteración.

Fuente: El Peruano

Mediante la publicación de la Resolución SBS N° 1982-2020 el 12 de agosto de 2020, se modificó el artículo 3° de la Resolución N° 3949-2019, estableciendo como medio válido la notificación vía casilla electrónica de los documentos emitidos en el marco de las funciones y competencias de supervisión y sanción de la UIF-Perú, respecto de los sujetos obligados bajo su supervisión.

Fuente: El Peruano

El 14 de agosto de 2020, el Departamento de Justicia de Estados Unidos ("DOJ" por sus siglas en inglés) emitió su primer comunicado de opinión sobre la aplicación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero ("FCPA" por sus siglas en inglés), luego de seis (6) años.

Fuente: Departamento de Justicia de Estados Unidos

A inicios de septiembre, la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos ("SEC" por sus siglas en inglés) votará sobre enmiendas controvertidas al programa de recompensas a los denunciantes, luego de haber debatido las mismas por dos (2) años.

Fuente: Hedge Week

El 14 de agosto de 2020, el gobierno de Francia publicó dos Órdenes Ministeriales, destinadas a garantizar la implementación de las restricciones anti-obsequio reforzadas en el sector salud, aplicables a partir del 1 de octubre de 2020, conforme al Decreto del 15 de junio de 2020.

Fuente: Clifford Chance LLP

Herbalife Nutrition Ltd. acordó el pagar al Departamento de Justicia y a la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos ("SEC" por sus siglas en inglés) US\$ 123 millones de dólares para resolver las infracciones de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero ("FCPA" por sus siglas en inglés) en China.

Fuente: Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos

Recursos

En el XXXIX Pleno de Representantes del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), se aprobó la elaboración de la segunda actualización del «Análisis de Amenazas Regionales en Materia de Lavado de Activos», habiendo transcurrido dos años desde la realización del anterior diagnóstico.



La Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos ("FCC" por sus siglas en inglés) pone a disposición herramientas dirigidas a evitar que los consumidores sean víctimas de estafas durante la pandemia.



La Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), a través de la Unidad de Inteligencia (UIF-Perú), con el apoyo de la Cooperación Alemana para el desarrollo, implementada por Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, ha publicado una guía para la gestión de riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo en la actividad de compraventa de divisas.



Estadísticas

De acuerdo con el Estudio «Cultura Política de la Democracia en Perú y en las Américas, 2018/19: Tomándole el Pulso a la Democracia», el 36% de los peruanos entrevistados percibe a la corrupción como el principal problema del Perú, lo cual, según se explica, además refleja un cambio significativo en comparación con el 2006, cuando apenas un 7% lo identificaba como un problema.



Contacto



José Reaño
Socio
jreano@estudiorodrigo.com



José Luis Medina
Asociado
jmedina@estudiorodrigo.com



Sebastian Elías
Asociado
selias@estudiorodrigo.com



Micaela Torres
Asociada
mtorres@estudiorodrigo.com



Laura Zúñiga
Asociada
lzuniga@estudiorodrigo.com
