

METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE MULTAS POR INFRACCIONES A LA LIBRE Y LEAL COMPETENCIA

Setiembre 2022



CONTENIDO

I. OBJETIVO	3
II. ALCANCE	3
III. MARCO TEÓRICO	3
IV. PROPUESTA PARA DETERMINAR LA MULTA APLICABLE	9
IV.1 FASE I: CÁLCULO DE LA MULTA BASE	10
IV.2 FASE II: AJUSTE CONSIDERANDO AGRAVANTES Y ATENUANTES	24
IV.3 FASE III: AJUSTE SEGÚN MÁXIMO LEGAL Y CAPACIDAD DE PAGO	28



I. OBJETIVO

1. En el presente documento se desarrolla la “Metodología para la determinación de multas por infracciones a la libre y leal competencia” tramitadas ante el OSIPTEL, mediante la cual se plantean las fórmulas, criterios y parámetros, entre otros valores, a ser utilizados para cuantificar las multas.

II. ALCANCE

2. Esta Guía Metodológica es de observancia obligatoria por los Órganos Resolutivos ⁽¹⁾ y las Secretarías Técnicas del OSIPTEL ⁽²⁾ que investiguen, instruyan o se pronuncien sobre infracciones en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores por conductas anticompetitivas y conductas desleales, tipificadas y reguladas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas –Decreto Supremo N° 030-2019-PCM- (en adelante, LRCA) ⁽³⁾ y en la Ley de Represión de Conductas Desleales –Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, LRCD) ⁽⁴⁾.

III. MARCO TEÓRICO

3. La teoría económica del “*public enforcement*” desarrolla el uso óptimo de instrumentos de sanción (por ejemplo, multas, cierres temporales, clausuras, entre otras medidas) por los organismos supervisores, desde el punto de vista de un planificador social que busca maximizar el bienestar social. En línea con esta percepción, Polinsky y Shavell (2000) desarrollan un marco teórico, basados en los estudios de Becker (1968) y Stigler (1970), para el cálculo de multas óptimas, bajo el cual, el esfuerzo de fiscalización y los instrumentos de disuasión (multas, cierres, entre otros) se determinan de forma simultánea en un escenario que maximiza el bienestar de la sociedad.
4. Polinsky y Shavel (2000) plantean un problema de optimización de la función de bienestar social, el cual considera la suma de los beneficios obtenidos por cometer una infracción, los daños generados a la sociedad y los costos incurridos para lograr el cumplimiento de las normas (*enforcement*). Ello se expresa de la siguiente manera:

$$W(e, M, t) = \underbrace{\int_B^{\infty} Bf(B)dB}_{\text{Beneficio esperado agregado obtenido por las empresas infractoras}} - \underbrace{[1 - F(\tilde{B})]\{D + p(e)qt(\lambda + \alpha)\}}_{\text{Daño esperado agregado por la comisión de infracciones}} - \underbrace{e}_{\text{Costo en los que incurre la autoridad para ejecutar la supervisión}}$$

¹ Cuerpos Colegiados en primera instancia administrativa y Tribunal de Solución de Controversias en segunda instancia administrativa.

² Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (ST-CCO) y Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias (ST-TSC).

³ Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3tLNPMr>

⁴ Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3rf8DIV>



5. Donde la variable \tilde{B} representa el valor límite del beneficio para la existencia de una infracción:

$$\tilde{B} = p(e)q(m + \lambda t)$$

6. Lo anterior implica que las infracciones son cometidas para obtener resultados que generan mayor valor en los beneficios, pues las realizaciones de menor valor no compensarían el costo esperado de cometer la infracción.
7. La optimización de la expresión anterior ⁽⁵⁾, mediante las condiciones de primer orden, y la incorporación de los costos de imponer sanciones por parte de la autoridad, permite obtener la multa óptima (M), la cual se refleja mediante la siguiente expresión:

Multa Óptima $\rightarrow M^* = \frac{D}{p(e) \times q} + \frac{s}{q} + k$

Donde:

- D representa el daño causado por la infracción
 - p(e) representa la probabilidad de detección (o verificar) de la infracción.
 - q representa la probabilidad de que se imponga exitosamente una multa después de la etapa de investigación.
 - s representa el costo de investigación y etapa de juicio.
 - k representa los costos de imponer la multa.
8. La multa óptima por una infracción cometida es una solución de “primer mejor”, pues se impone una sanción que busca ser equivalente al costo ocasionado a la sociedad por la infracción. Esta multa depende del daño causado por la infracción (D), los costos (k,s) asociados a la multa, la probabilidad de detectar o verificar la infracción y de aplicar efectivamente la sanción (p(e) y q, respectivamente) por parte del organismo supervisor.
9. No obstante, la multa óptima no necesariamente es consistente con una estrategia de disuasión. En particular, si los costos para la sociedad ocasionados por la infracción son menores que el beneficio de la infracción, el monto óptimo de la multa no será disuasivo.
10. Asimismo, la cuantificación del daño puede resultar un proceso complejo que requiere, en muchos casos, de información muy desagregada y con un riesgo de cometer errores de estimación para valorar en términos monetarios el daño ocurrido por una determinada conducta. En tal sentido, Becker propone una solución de “segundo mejor” ⁽⁶⁾ basado

⁵ Para un mayor detalle acerca de la derivación de una multa óptima, ver los siguientes documentos:

- “Problemática de la Supervisión de la Calidad del Servicio Eléctrico en el Perú” (Dammert, Gallardo, & Quiso, 2004) disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3E4JxmR>.
- “Sistemas de Supervisión y Esquemas de Sanciones para el Sector Hidrocarburos” (Vásquez & Gallardo, 2006) disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3uzjEsk>
- “The Economic Theory of Public Enforcement of Law” (A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell 2000) disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3RW43Nd>

⁶ “Regulación y supervisión del sector eléctrico” (Dammert, Garcia Capiro y Molinelli, 2da reimpresión marzo de 2013) disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3IOya4H>.



en el enfoque del beneficio ilícito, considerando que los infractores responden a incentivos económicos, motivo por el cual, su conducta parte de un análisis costo-beneficio. Así, el infractor solo cometerá la infracción siempre que le resulte más beneficioso incumplir las normas ($\text{Beneficio}_{\text{incumplir normas}} > \text{Beneficio}_{\text{cumplir normas}}$).

11. En tal sentido, el establecimiento de multas que superen el beneficio de incumplir las normas debería disuadir la realización de determinadas infracciones, debido a que no resultaría rentable para el infractor desarrollar la conducta. Con base en ello, se propone la siguiente expresión:

$$\text{Multa Disuasiva} \rightarrow M^* = \frac{\text{Beneficio Ilícito}}{p(e) \times q} + \frac{s}{q} + k$$

Donde:

- Beneficio Ilícito representa el beneficio que se ha obtenido de forma ilícita por la comisión de la infracción.
 - $p(e)$ representa la probabilidad de detección (o verificar) de la infracción.
 - q representa la probabilidad de que se imponga exitosamente una multa después de la etapa de investigación.
 - s representa el costo de investigación y etapa de juicio.
 - k representa los costos de imponer la multa.
12. La cuantificación de la sanción mediante el beneficio ilícito debe considerar que el Principio de Razonabilidad (7), dentro de la potestad sancionadora de la Administración Pública, prevé que la comisión de la conducta sancionable –y, en consecuencia, asumir la sanción– no debe resultar más ventajoso para el infractor que cumplir con las normas infringidas, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción, la misma que debe lograr desincentivar la realización de infracciones por parte de los agentes económicos en general.

“Este «segundo mejor» no es del mismo tipo que el utilizado para determinar los precios regulados, sino que alude, en términos generales, a que la sanción requerida para desincentivar la conducta infractora solo requiere la incorporación de criterios basados en el beneficio privado de incumplir y no en el daño para la sociedad.”

⁷ Conforme a lo establecido en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, LPAG):

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción
- b) La probabilidad de detección de la infracción
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido
- d) El perjuicio económico causado
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. (...)







13. Los costos de imponer una multa, expresados mediante las variables k y s en las fórmulas precedentes, no serán incluidos en la cuantificación de multas debido a que estos costos son internalizados por las empresas operadoras a través del pago del Aporte por Regulación. Por otro lado, se incorpora un factor P que representa la probabilidad de detección, entendida como una detección efectiva de la práctica infractora, la cual se compone de la probabilidad de que el agente infractor sea detectado infringiendo la norma (p(e)) y la probabilidad de que, posteriormente, sea sancionado (q) exitosamente por el OSIPTEL.
14. Finalmente, a fin de obtener una multa disuasiva que desincentive la realización de infracciones por parte de los agentes económicos, en general, corresponde incorporar una tasa de actualización que ajuste los beneficios ilícitos que una empresa habría obtenido, considerando que el valor del dinero en el tiempo no es constante. De no incluirse una tasa de actualización, la “Multa Base” en un momento posterior sería igual al beneficio ilícito generado por la conducta infractora realizada, en un momento anterior, lo que generaría incentivos perversos a las empresas operadoras para cometer infracciones, dado que obtendrían ganancias asociadas a la rentabilidad en el tiempo.
15. Considerando lo anterior, la “Multa Base” se expresa tradicionalmente mediante la siguiente fórmula, conocida como **metodología “Ad Hoc”**.

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{Beneficio Ilícito actualizado (o Daño actualizado)}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

16. Esta fórmula de cálculo mediante la metodología “Ad Hoc” se encuentra en armonía con los criterios establecidos en la LRCA y en la LRCD, como se puede apreciar en el siguiente cuadro, lo cual contribuye con la predictibilidad del proceso sancionador.

Cuadro N° 1: Armonización de los criterios para determinar la gravedad y sanción con la fórmula de la metodología “Ad Hoc”

	Libre Competencia (LRCA)	Competencia Desleal (LRCD)	Beneficio ilícito
	El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción.	El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción.	Beneficio ilícito
	La probabilidad de detección de la infracción.	La probabilidad de detección de la infracción.	Probabilidad de detección
	La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia. La dimensión del mercado afectado.	La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal. La dimensión del mercado afectado.	Forma parte del cálculo del beneficio ilícito o del daño causado
	La cuota de mercado del infractor.	La cuota de mercado del infractor.	
	El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores.	El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios.	Daño causado

La duración de la restricción de la competencia.	La duración en el tiempo del acto de competencia desleal.	Forma parte del cálculo del beneficio ilícito o del daño
La reincidencia de las conductas prohibidas.	La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.	Agravante
La actuación procesal de la parte.	--	Agravante

Elaboración: STSC – OSIPTEL

17. Cabe señalar que, a nivel nacional, las guías metodológicas para el cálculo de multas, publicadas por diversos organismos reguladores como SUNASS ⁽⁸⁾, OSIPTEL ⁽⁹⁾, OSINERGMIN ⁽¹⁰⁾, OSITRAN ⁽¹¹⁾, OEFA ⁽¹²⁾, así como la Agencia de Competencia de los otros mercados distintos al de servicios públicos de telecomunicaciones (INDECOPI¹³), contemplan tres tipos de propuestas metodológicas para el cálculo de multas: **i)** metodología ad hoc (utilizada a nivel nacional en todas las guías de multas, que se basa en el beneficio ilícito o daño actualizado y la probabilidad de detección), **ii)** metodología del porcentaje en ventas (la cual es una variante de la metodología “Ad Hoc” más sencilla para cuantificar multas ⁽¹⁴⁾) y **iii)** metodología de valores fijos (utilizadas en infracciones con un alto grado de recurrencia).

⁸ Guía metodológica para el cálculo de multas impuestas por la SUNASS. Documento disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3iYM5Jf>.

⁹ Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL. Documento disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3ymnpSb>.

¹⁰ Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 120-2021-OS/CD. Documento disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3noZcqq>.

¹¹ Mayor detalle en el Anexo I del Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 009-2018-CD-OSITRAN. Disponible en la siguiente URL: <https://bit.ly/3jqg5HN>.

¹² Mayor detalle en el anexo I y III de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones. Documento disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3mG6G4P>.

¹³ Graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutores del INDECOPI respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia, aprobado mediante Decreto Supremo N° 032-2021-PCM. Documento disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3FoFAbP>.

¹⁴ Informe “Perú: Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia. OCDE (2018)”. Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3O3e5co>

*“En cuanto a la penalización de las infracciones en materia de competencia, las normas peruanas reguladoras del monto y la graduación de las multas están a grandes rasgos en consonancia con las prácticas internacionales. Con todo, el régimen peruano se aparta de esas prácticas cuando para calcular el monto de las multas se basa en gran medida en el beneficio ilícito que el infractor esperara obtener de la conducta anticompetitiva. A nivel internacional, se considera que ese beneficio ilícito es sumamente difícil de calcular con exactitud. Adoptar un enfoque de este tipo para fijar el monto de una multa incrementa los costos del procedimiento administrativo y eleva las probabilidades de éxito de las apelaciones en vía judicial. **Es por ello que muchos órganos jurisdiccionales optan a menudo por emplear un indicador aproximativo sencillo, como la cifra de ventas o el volumen de negocio en el mercado correspondiente.**”* Resaltado y subrayado propio.



Cuadro N° 2: Comparación de metodologías de estimación de multas a nivel nacional

Institución	Método Ad Hoc (tradicional)			Método basado en un porcentaje de las ventas del producto o bien afectado	Método basado en multas preestablecidas
	$\frac{BI + \alpha Daño}{P}$ o $\frac{BI}{P} + D$	$\frac{BI (o Daño)}{P}$	$\frac{BI}{P}$	$\alpha \times Ventas \times g \times F$	X
SUNASS	-	-	Aplica	No aplica	Aplica
OSIPTEL	-	Aplica	-	No aplica	Aplica
OSITRAN	Aplica	-	-	No aplica	Aplica
OSINERGMIN	Aplica	-	-	No aplica	No aplica
OEFA	Aplica	-	-	No aplica	No aplica
INDECOPI (*)	-	Aplica	-	Aplica	Aplica

Elaboración: STSC - OSIPTEL

Nota (*):

- La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD) del Indecopi utiliza el método basado en un porcentaje de las ventas y el método basado en las multas preestablecidas.
- La Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC) del Indecopi utiliza la metodología Ad Hoc y el método basado en un porcentaje de las ventas.

18. Por otra parte, a nivel internacional, los organismos reguladores y/o Agencias de Competencia han desarrollado guías en las cuales establecen la metodología que utilizan para la estimación de multas; aunque estos documentos se encuentran expresados de forma muy general. En países de Latinoamérica y Europa se aplica principalmente el método basado en un porcentaje de las ventas del producto o bien afectado, como se puede apreciar en el siguiente cuadro. Cabe señalar que ninguno de los países listados aplica la metodología tradicional ad hoc, posiblemente porque sus leyes de competencia no consideran la probabilidad de detección como criterio de graduación de las sanciones, elemento necesario para aplicar dicha metodología.

Cuadro N° 3: Comparación internacional de metodologías de estimación de multas

País	Método Ad Hoc (tradicional)	Método basado en un porcentaje de las ventas del producto o bien afectado	Método basado en multas preestablecidas
Argentina	No aplica	Aplica	No aplica
Brasil	No aplica	Aplica	Aplica
Chile	No aplica	Aplica	No aplica
Colombia	No aplica	Aplica	No aplica
Ecuador	No aplica	Aplica	Aplica
México	No aplica	Aplica	Aplica
Alemania	No aplica	Aplica ^{1/}	No aplica
España	No aplica	Aplica ^{2/}	No aplica
Comisión Europea	No aplica	Aplica	No aplica

Elaboración: STSC - OSIPTEL

1/ El Bundeskartellamt de Alemania y la Comisión Europea aplican el porcentaje sobre el volumen de negocios del mercado afectado por la infracción.

2/ La CNMC de España aplica el porcentaje sobre el valor de negocios total de la empresa infractora.

19. Cabe señalar que, una revisión de las guías metodológicas a nivel nacional permite observar que la conceptualización del daño en instituciones como OEFA, OSINERGMING y OSITRAN se encuentra asociado, principalmente, a una infracción que tenga como efecto generar una afectación a la vida y/o salud de las personas.
20. Por su parte, INDECOPI, en su documento de trabajo denominado “*Propuesta metodológica para la determinación de multas en INDECOPI*” (2020) señala que el daño como elemento para cuantificar las multas se suele observar en las infracciones de protección del consumidor o eventualmente de propiedad intelectual. Así, el concepto de daño es definido por esta institución en tres categorías en el Decreto Supremo N° 032-2021-PCM:
- Daño emergente ⁽¹⁵⁾
 - Lucro cesante ⁽¹⁶⁾
 - Daño a la persona ⁽¹⁷⁾
21. Por otro lado, una revisión de la casuística histórica de las sanciones por infracciones de libre y leal competencia emitidos por los Órganos Resolutivos del OSIPTEL permite observar que, desde el período 2015 hasta la fecha de emisión del presente informe, no se ha utilizado el daño como elemento para cuantificar las multas.
22. En tal sentido, considerando la literatura económica, la armonización de los criterios establecidos en la LRCA y la LRCD, la casuística histórica y las propuestas metodológicas utilizadas a nivel nacional por otras entidades, se considera que la propuesta metodológica para la determinación de multas por infracciones a la libre y leal competencia tramitadas ante el OSIPTEL, debe realizarse considerando la metodología “Ad Hoc”, con la siguiente expresión:

Imagen N° 1: **Propuesta** de fórmula para determinar la “Multa Base”

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{Beneficio Ilícito actualizado}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

IV. PROPUESTA PARA DETERMINAR LA MULTA APLICABLE

23. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD, por sus siglas en inglés) contempla en su estudio denominado “*Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia*” ⁽¹⁸⁾ la aplicación de tres fases al

¹⁵ La definición presentada es la siguiente:

“Representa la pérdida en la riqueza o patrimonio del agente económico, explicada directamente por la acción u omisión del agente infractor.”

¹⁶ La definición presentada es la siguiente:

“Representa el beneficio esperado que el agente económico afectado hubiera recibido si no hubiera ocurrido el evento dañino. Es decir, se trata de un beneficio dejado de percibir a causa de la infracción.”

¹⁷ La definición presentada es la siguiente:

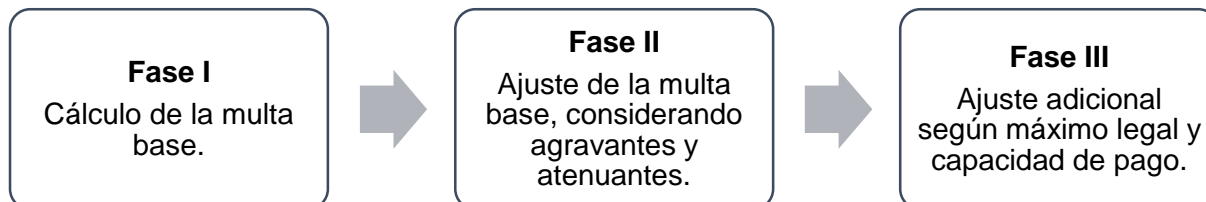
“Representa toda lesión a la integridad del individuo y su proyecto de vida derivada de la infracción que puede derivar como mínimo un daño emergente y lucro cesante.”

¹⁸ Documento disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3DjNanG>



momento de calcular las multas ⁽¹⁹⁾, como se aprecia en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 1: Etapas para determinar sanciones en los casos de libre competencia y competencia desleal



Elaboración: STSC – OSIPTEL

24. Teniendo en cuenta lo anterior y la revisión a nivel nacional, la presente propuesta metodológica considerará las tres fases antes señaladas.

IV.1 FASE I: CÁLCULO DE LA MULTA BASE

25. La propuesta metodológica para la cuantificación de las sanciones considera el enfoque desarrollado en la sección del Marco Teórico:

$$\text{MULTA BASE} = \frac{\text{Beneficio Ilícito actualizado}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

26. La “Multa Base” está conformada por la probabilidad de detección y el Beneficio Ilícito actualizado.

IV.1.1 Probabilidad de detección

27. Esta variable será definida considerando tres elementos: i) el nivel de detección de una infracción, ii) los criterios de asignación para cada nivel y iii) los valores numéricos a ser determinados para cada nivel de detección.

28. **Respecto al nivel de detección**, se revisó las guías metodológicas a nivel nacional e internacional de los principales reguladores y agencias de competencia de cada país, a fin de identificar la práctica regulatoria seguida por estas instituciones.

29. A nivel nacional las guías metodológicas de multas consideran entre tres a cinco niveles de detección, como se puede apreciar en el siguiente cuadro.

¹⁹ El documento indica que existe, en algunas jurisdicciones, una cuarta fase que contempla la aplicación de programas de medidas de gracia y/o de inmunidad. No obstante, el documento se centra en las tres fases principales. Mayor información en la página 9 del documento disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3DjNanG>.



Cuadro N° 4: Niveles de detección de las infracciones

OSIPTEL, OEFA (5 niveles)	SUNASS, OSITRAN, INDECOPI (3 niveles)	OSINERGMIN (0 niveles)
Muy alta	-	-
Alta	Alta	-
Media	Media	-
Baja	Baja	-
Muy Baja	-	-

Elaboración: STSC - OSIPTEL

Nota: OSINERGMIN no cuenta con niveles de detección. La probabilidad se determina para cada infracción y es igual a la probabilidad de fiscalización.

30. A nivel internacional se observó, para una muestra de seis países (principalmente de Latinoamérica), que las normas que protegen la libre competencia y el sector de las telecomunicaciones no incorporan de forma explícita el concepto de probabilidad de detección en su marco normativo, por lo cual las guías metodológicas de multas de dichos países no incorporan este criterio para la determinación de la sanción:

Cuadro N° 5: Probabilidad de detección en las normas de libre competencia internacional

País	Marco Normativo	Autoridad	Año	Descripción de la probabilidad de detección en el marco normativo	Artículo donde se detallan los criterios de graduación
España	Ley 15/2007 Defensa de la Competencia ⁽²⁰⁾	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	2007	No contempla como criterio explícito para determinar las sanciones la probabilidad de detección	Ver artículo 64 del citado documento.
Chile	Decreto Ley N° 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia ⁽²¹⁾	Fiscalía Nacional Económica	2016		Ver artículo 26 del citado documento.
Ecuador	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ⁽²²⁾	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	2012		Ver artículo 80 del citado documento.
Colombia	Ley 1340 DE 2009 Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia ⁽²³⁾	Superintendencia de Industria y Comercio	2009		Ver artículo 25 del citado documento
México	Ley federal de telecomunicaciones y radiodifusión	Instituto Federal de Telecomunicaciones	2014		Ver artículo 301 del citado documento

²⁰ Disponible en la siguiente URL: <https://bit.ly/3QTLJ68>

²¹ Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3BnVvVL>

²² Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3CCE7AZ>

²³ Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3dYW3vd>

	(24)			
México	Ley Federal de Competencia Económica (25)	Comisión Federal de Competencia Económica	2014	Ver artículo 130 del citado documento
Brasil	Ley N° 8884/94 (26)	Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE).	1994	Ver artículo 27 del citado documento
Argentina	Ley de Defensa de la Competencia Ley 27442 (27)	Comisión Nacional de Defensa de la Competencia	2018	Ver artículo 56 del citado documento

Elaboración: STSC – OSIPTEL

31. Considerando la experiencia nacional observada sobre los niveles de detección utilizados, los cuales corresponden a 3 niveles de detección (opción 1) o 5 niveles de detección (opción 2), corresponde evaluar ambas alternativas a fin de sustentar la elección de una de estas opciones.
32. **En relación a la consistencia de la propuesta**, el OSIPTEL en su “*Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL*”, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL en diciembre de 2021, estableció la utilización de cinco niveles de detección (muy bajo, bajo, medio, alto y muy alto) motivo por el cual, la propuesta de cinco niveles establecida en la “*Metodología para la determinación de multas por infracciones a la libre y leal competencia*” es consistente con la citada guía del OSIPTEL vigente a octubre de 2022.
33. **En relación a la flexibilidad de la propuesta**, el establecer un mayor número de niveles de detección permite adaptarse mejor a todas las potenciales infracciones que pueden ser tramitadas en temas de libre y leal competencia.
34. **En relación a la predictibilidad de la propuesta**, la propuesta de “*Metodología para la determinación de multas por infracciones a la libre y leal competencia*” ha considerado que, en la casuística histórica de los Cuerpos Colegiados, se han utilizado hasta cinco

²⁴ Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3E7ashJ>

²⁵ Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3R3SS3O>

²⁶ Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3rmHDsB>

²⁷ Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3APJknK>



valores numéricos (0,30 ⁽²⁸⁾; 0,50 ⁽²⁹⁾; 0,65 ⁽³⁰⁾; 0,90 ⁽³¹⁾ hasta 1,00,) para la probabilidad de detección, con lo cual, el establecer tres niveles de detección nos alejaría de la casuística histórica siendo una mejor opción, el establecimiento de cinco niveles de detección dado que permitiría recoger, de cierta forma, todo el espectro de valores numéricos utilizados en el pasado.

35. En virtud de lo anterior, **esta STSC considera razonable optar por establecer cinco niveles de detección (muy bajo, bajo, medio, alto y muy alto)**, a fin de recoger la casuística histórica y otorgar un mayor grado de flexibilidad a los Órganos Resolutivos al momento de establecer los niveles para la probabilidad de detección. Cabe señalar que, esta práctica es seguida por el OSIPTEL en la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores y es consistente con otras guías metodológicas. Finalmente, el establecimiento de criterios de asignación con características diferentes permitirá reducir la complejidad para identificar los niveles de detección, logrando incrementar la predictibilidad de esta opción.

36. **Respecto a los criterios de asignación**, se consideró la información histórica de los procedimientos sancionadores que el Cuerpo Colegiado ha resuelto entre los años 2016 a 2022, así como los criterios de asignación utilizados en otras instituciones, a fin de determinar los criterios a ser utilizados en la presente guía metodológica. La revisión de los expedientes resueltos por el Cuerpo Colegiado permite identificar algunos de los principales criterios de asignación que han sido utilizados, los cuales se presentan a continuación:

- En el 2021, el Cuerpo Colegiado emitió 36 resoluciones en materia de competencia desleal en el mercado de televisión de paga, en las cuales consideró a la modalidad de detección de la infracción como un criterio para determinar el nivel de detección. Así, en infracciones por retransmisión ilícita de señales se asignó un nivel de detección muy alto, considerando que la información para detectar la infracción fue brindada por INDECOPI, pues ese tipo de infracciones se acredita con una decisión previa y firme de dicha Autoridad de Derechos de Autor.

- Adicionalmente, el Cuerpo Colegiado emitió la Resolución N° 072-2021-CCP/OSIPTEL ⁽³²⁾, por dos infracciones en materia de competencia desleal en el mercado de servicios móviles, en las que se consideró, como criterio de asignación para determinar el nivel de detección, las acciones de ocultamiento que habría

²⁸ Numeral 129 de la Resolución No. 008-2019-CCP-OSIPTEL. Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3CxaAsl>

²⁹ Numeral 129 de la Resolución No. 008-2019-CCP-OSIPTEL. Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3CxaAsl>.

³⁰ Numeral 133 de la Resolución No. 008-2019-CCP-OSIPTEL. Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3CxaAsl>.

³¹ Numeral 129 de la Resolución No. 008-2019-CCP-OSIPTEL. Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3CxaAsl>

³² Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3zE9yJw>



realizado la infractora y las acciones que tuvo que realizar el OSIPTEL para identificar la conducta infractora. En el primer caso se asignó un nivel de detección medio, debido a que hubo actos de encubrimiento mediante figuras legales que la STSC pudo advertir mediante informes de opinión que habían emitido otras unidades orgánicas; y en el segundo caso se asignó un nivel de detección bajo, considerando que hubo acciones de encubrimiento y su detección requirió que tanto el OSIPTEL como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones recurran a inspecciones y uso de dispositivos tecnológicos.

- En el caso sancionado mediante Resolución N° 008-2019-CCP/OSIPTEL ⁽³³⁾, el Cuerpo Colegiado consideró como criterio de asignación para determinar el nivel de detección y el valor de la probabilidad, al nivel de información con el que se contaba. Así, en una infracción por no contar con el título habilitante (concesión) se asignó un nivel de detección alto si la empresa había tenido título habilitante en el pasado y un nivel de detección bajo si nunca había tenido un título habilitante.
- Mediante Resolución N° 006-2016-CCO/OSIPTEL ⁽³⁴⁾, el Cuerpo Colegiado ha considerado como criterio de asignación para determinar el nivel de detección y el valor de la probabilidad, la modalidad de detección de la infracción, así, en una infracción por no contar con título habilitante (concesión), se asignó un valor numérico que se aproxima a un nivel de detección medio, debido a que la detección se dio mediante una denuncia de parte presentada por una empresa competidora y requirió que el OSIPTEL verifique la denuncia.

37. Por otro lado, INDECOPI, OSITRAN, SUNASS y OSIPTEL han establecido criterios de asignación para la determinación del nivel de detección de una infracción en función de la modalidad de detección, la información disponible, las acciones de supervisión y/o fiscalizaciones realizadas, la existencia de un historial público de infracciones similares, el uso de equipamiento para la detección, entre otras características (ver siguiente cuadro).

Cuadro N° 6: Criterios de asignación – Comparación nacional

Nivel de detección	Criterios de asignación			
	INDECOPI	OSITRAN	SUNASS	OSIPTEL ⁽³⁵⁾
Muy alta	-	-	-	La supervisión comprende la revisión del 100% del universo a supervisar.
	-	-	-	La disponibilidad de información para la identificación de la infracción es completa

³³ Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/370CFLa>

³⁴ Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3zCIJTn>

³⁵ “Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL” aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL el 2 de diciembre de 2021.



Nivel de detección	Criterios de asignación			
	INDECOPI	OSITRAN	SUNASS	OSIPTEL ⁽³⁵⁾
Alta	Autoreporte	Cuando la empresa prestadora auto reporta la infracción.	EPS reporta la infracción a la SUNASS.	La conducta infractora impacta de forma directa a los abonados y es observable por los afectados.
	Acciones programadas de supervisión y fiscalización.	Cuando la infracción se detecta mediante los procedimientos ordinarios de supervisión programados por el OSITRAN	la infracción se detecte mediante la información remitida periódicamente por la EPS.	La identificación de la infracción no requiere conocimiento especializado.
	Información confiable, completa y de fácil acceso	Cuando la infracción se detecta mediante información remitida periódicamente.	-	La supervisión se efectúa de modo regular, planificada y/o periódica
	-	-	-	Existe un historial público de conductas infractores similares anteriormente sancionadas
Media	Denuncias de terceros	Cuando la infracción se detecta vía reporte/denuncia de usuarios o terceros	El incumplimiento sea detectado por la SUNASS vía reporte y/o denuncia de los usuarios o terceros	La supervisión se efectúa con una frecuencia media (forma parte de un procedimiento o plan de supervisión no periódico)
	Reportes de terceros	-	-	La disponibilidad de información permite identificar la infracción
	Información disponible pero limitada por ser insuficiente, fragmentada o dispersa.	-	-	La selección de casos a supervisar se realiza sin considerar criterios estadísticos
Baja	Acciones que conlleven a un ocultamiento de información.	Cuando la infracción se detecta por actividades de supervisión no programadas realizadas por el OSITRAN	El incumplimiento sea detectado a través de las actividades de supervisión llevadas a cabo por la SUNASS.	La conducta infractora no impacta de forma directa a los afectados y no es directamente observable
	Clandestinidad / informalidad.	-	-	La supervisión se realiza en forma eventual (se ha realizado pocas veces o



Nivel de detección	Criterios de asignación			
	INDECOPI	OSITRAN	SUNASS	OSIPTEL ⁽³⁵⁾
				recién se está realizando)
	Acciones no programadas de supervisión o fiscalización.	-	-	La disponibilidad de información requiere de mayor esfuerzo para la verificación de la conducta.
	-	-	-	La conducta infractora puede ser puesta a conocimiento del OSIPTEL vía denuncia
	-	-	-	La conducta infractora es difícilmente observable por los afectados.
	-	-	-	No existe un historial respecto a conductas infractoras similares anteriormente sancionadas.
Muy Baja	-	-	-	La supervisión involucra zonas de difícil o convulsionada accesibilidad (obstáculos naturales).
	-	-	-	La disponibilidad de información presenta elevadas restricciones para la verificación de la conducta (alta asimetría de información)
	-	-	-	Se requiere la utilización de equipamiento costoso y/o sofisticado (obstáculos económicos)

Elaboración: STSC - OSIPTEL

Nota: OEFA cuenta con criterios de asignación de forma general sin especificar a qué nivel de detección se encuentran asociados, aunque indica a donde podrían llevar. Estos criterios son los siguientes:

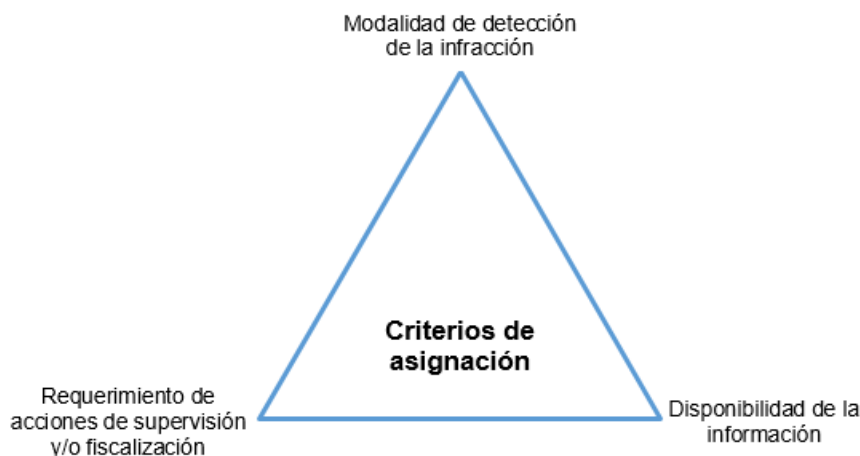
- Situación de autoreporte lo cual podría llevar a una probabilidad de detección muy alta.
- La población se encuentra localizada geográficamente dentro del área de influencia directa del incumplimiento lo cual podría llevar a una probabilidad de detección media.
- La población se encuentra localizada geográficamente en el área de influencia indirecta del incumplimiento lo cual podría llevar a una probabilidad de detección baja.
- Supervisión especial lo cual podría llevar a una probabilidad de detección alta.
- Supervisión regular lo cual podría llevar a una probabilidad de detección media.
- Realización de actividades sin autorización administrativa lo cual podría llevar a una probabilidad de detección baja.
- Presentación de información falsa, incompleta o no presentación de información con el objetivo de no ser detectado por la autoridad lo cual podría llevar a una probabilidad de detección baja.

38. Considerando la información histórica de los criterios utilizados por el Cuerpo Colegiado



del Osiptel y los criterios de asignación propuestos en las guías metodológicas de multas de otras instituciones, esta STSC considera razonable delimitar los criterios de asignación considerando los tres criterios de asignación que se presentan en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 2: Criterios de asignación del nivel de detección

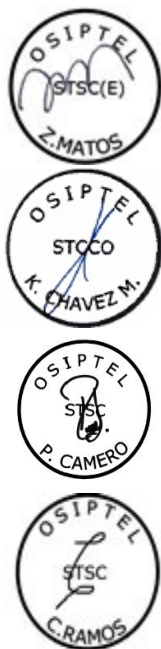


Elaboración: STSC - OSIPTEL

39. Cada uno de los tres criterios de asignación representan o buscan acercarse al nivel de esfuerzo de la agencia para detectar la infracción, y se describen así:

- **Modalidad de detección de la infracción:** Se refiere al modo o forma mediante el cual se detectó la infracción por parte de la autoridad administrativa, lo cual se encuentra asociado, entre otras características, al hecho de que la información sustentatoria es suficiente para identificar la infracción (por ejemplo, resoluciones firmes que llegan desde INDECOPI por sanciones por retransmisión ilícita de señales), o es parcial (por ejemplo, empresas que presentan la denuncia y adjuntan algunas pruebas) o es inexistente (por ejemplo, empresas que presentan la denuncia sin mayores pruebas, o remiten carta señalando la existencia de supuestas conductas anticompetitivas o desleales, sin adjuntar documentación que sustente la denuncia).
- **Disponibilidad de la información:** Se refiere a la cantidad de información que se requiere para detectar la infracción, la cual puede estar asociada, entre otras características, al hecho de que la información es remitida de forma periódica por las empresas de telecomunicaciones, en cumplimiento de las obligaciones establecidas ⁽³⁶⁾ o al hecho de ser una información no remitida de forma periódica, lo cual determinará la facilidad o dificultad en el acceso a la información necesaria para detectar la infracción.
- **Requerimiento de acciones de supervisión y/o fiscalización:** Se refiere a las

³⁶ Entre estas obligaciones podemos encontrar la Norma de Requerimientos de Información Periódica, aprobada mediante Resolución N° 043-2022-CD/OSIPTEL. Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3COriUj>



acciones de supervisión y/o fiscalización necesarias para detectar la infracción, lo cual puede estar asociado, entre otras características, con la zona geográfica donde se deben desarrollar dichas acciones, siendo que estas pueden estar en zonas urbanas o rurales, requerir o no transporte multimodal, se cuenta con una carretera asfaltada o sin asfaltar, entre otros elementos que pueden facilitar o dificultar el acceso a la zona geográfica así como la necesidad o no de equipamiento tecnológico para la detección.

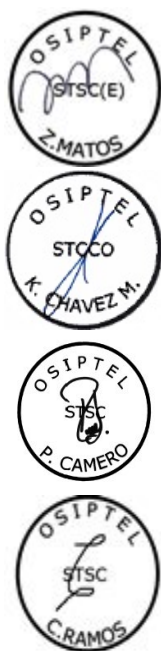
40. En virtud de lo anterior, esta **STSC considera adecuado determinar los criterios de asignación de los niveles de detección** de una infracción, según se presentan en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 7: Criterios de asignación descripción

Nivel de detección	<u>Criterio 1</u> Modalidad de detección de la infracción	<u>Criterio 2</u> Disponibilidad de la información	<u>Criterio 3</u> Requerimiento de acciones de supervisión y/o fiscalización
Muy Alto	La detección se dio mediante autoreporte, reporte y/o denuncia de terceros, con información sustentatoria completa	La disponibilidad de información para detectar la infracción es completa, confiable y de fácil acceso	No se requieren acciones de supervisión y/o fiscalización
Alto	La detección se dio mediante reporte y/o denuncia de terceros, con información sustentatoria incompleta	La disponibilidad de información para detectar la infracción es limitada, confiable y de fácil acceso	No se requieren acciones de supervisión y/o fiscalización
Medio	La detección se dio mediante reporte y/o denuncia de terceros, sin información sustentatoria	La disponibilidad de información para detectar la infracción es limitada y confiable, pero de difícil acceso	Se requieren acciones de supervisión y/o fiscalización en zonas geográficas de fácil accesibilidad, con o sin necesidad del uso de equipamiento tecnológico
Bajo	La detección se dio mediante acciones de investigación propias de la Secretaría Técnica de Solución de Controversias	No hay disponibilidad de información para la detección de la infracción	Se requieren acciones de supervisión y/o fiscalización en zonas geográficas de difícil accesibilidad, sin necesidad del uso de equipamiento tecnológico
Muy Bajo	La detección se dio mediante acciones de investigación de terceros diferentes a la Secretaría Técnica de Solución de Controversias	No hay disponibilidad de información para la detección de la infracción y/o existen acciones de ocultamiento de información	Se requieren acciones de supervisión y/o fiscalización en zonas geográficas de difícil accesibilidad y se requiere del uso de equipamiento tecnológico

Elaboración: STSC - OSIPTEL

41. **Respecto a los valores numéricos de las probabilidades de detección**, en la sección del Marco Teórico se definió la expresión matemática para determinar estos valores, la misma que ha sido recogida en las guías metodológicas de multas de otras instituciones como SUNASS, OSIPTEL e INDECOPI, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:



Cuadro N° 8: Descripción de la probabilidad de detección

Institución	Definición de la probabilidad de detección	Documento de sustento	Expresión matemática
OSIPTEL	Las probabilidades de detección generalmente suelen estar preestablecidas en función a una categorización por niveles o escalas que se diferencian en función a un abanico de criterios basados en la implementación, <u>el esfuerzo</u> y el diseño de la supervisión y fiscalización que la entidad reguladora ejerce para evidenciar el cumplimiento de las obligaciones, así como la <u>aplicación efectiva de las sanciones</u> a los infractores.	Informe N° 0182-DPRC/2021 que sustenta la “Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL” (ver página 29) ⁽³⁷⁾ .	$m^* = \frac{B}{pq} + \frac{s}{q} + k$ <p>Donde s y k representan costos de imponer las multas y equivalen a cero por lo cual la fórmula converge a:</p> $m^* = \frac{B}{p}$
SUNASS	Es la probabilidad de que la EPS sea <u>detectada</u> infringiendo la norma y sea <u>sancionada</u> por la SUNASS.	“Guía metodológica para el cálculo de multas impuestas por la SUNASS” (ver página 5) ⁽³⁸⁾ .	No tiene
INDECOPI	La probabilidad de detección se compone por un primer término que representa la <u>probabilidad de verificar una infracción</u> (p_d), a través del esfuerzo directo o indirecto de la autoridad; y de un segundo término que incluye la <u>probabilidad de que la autoridad logre la aplicación efectiva</u> (cobranza) de la media p_s .	Documento de trabajo N° 1-2020/GEE Propuesta metodológica para el cálculo de multas en el INDECOPI (ver página 19) ⁽³⁹⁾ .	$p = p_d \times p_s$
OSINERGMIN	La probabilidad de detección es igual a la <u>probabilidad de fiscalización</u> (γ) y la <u>probabilidad de detectar efectivamente</u> la infracción (θ).	Guía de Política Regulatoria N°2: Guía Metodológica para el cálculo de la Multa	$p = \gamma \times \theta$ <p>Donde $\theta = 1$ (supuesto de fiscalizaciones efectivas) por lo cual</p>

³⁷ Documento disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3gfKspB>

³⁸ Documento disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/39EBWjA>

³⁹ Documento disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3n1z7xh>



	Base (ver página 14) ⁽⁴⁰⁾ .	la fórmula converge a: $p = \gamma$
--	--	--

Elaboración: STSC

Nota: Los documentos de trabajo de INDECOPI y OSINERGMIN sirven de base para las metodologías aprobadas mediante Decreto Supremo N° 032-2021-PCM en INDECOPI, publicado el 25 de febrero de 2021, y Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 120-2021-OS/CD, publicado el 12 de junio de 2021.

42. Así, la probabilidad de detección depende del esfuerzo que la Autoridad ejerce para evidenciar el cumplimiento de las obligaciones, así como la aplicación efectiva de las sanciones a los infractores, lo cual se puede cuantificar mediante la siguiente expresión:

$$P = p(e) \times q$$

43. Donde $p(e)$ representa la probabilidad de que el agente infractor sea detectado infringiendo la norma, el cual se establece a partir de la detección de un hecho infractor en primera o segunda instancia, mientras que q representa la probabilidad de que, posteriormente, sea sancionado exitosamente por el OSIPTEL, el cual se determinó a partir del éxito en la cobranza efectiva de una multa.
44. Al respecto, la propuesta recoge una distribución de valores considerando los cinco niveles propuestos y considerando la comparación de valores utilizados tradicionalmente, como se observó en párrafos anteriores, y los establecidos en la guía de multas del OSIPTEL, así como de otras instituciones. Así, los valores numéricos, redondeados para los niveles de detección, quedan expresados de la siguiente forma:

Cuadro N° 9: Propuesta de valores para la probabilidad de detección

Nivel de detección	Valor numérico
Muy Alto	1,00
Alto	0,75
Medio	0,50
Bajo	0,25
Muy Bajo	0,10

Elaboración: STSC – OSIPTEL

45. Finalmente, incorporando los tres elementos asociados a la probabilidad de detección, se presenta el siguiente cuadro resumen:



⁴⁰ Documento disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3LFfMeI>

Cuadro N° 10: Propuesta para la probabilidad de detección

Nivel de detección	Valor	<u>CRITERIO 1</u>	<u>CRITERIO 2</u>	<u>CRITERIO 3</u>
		Modalidad de detección de la infracción	Disponibilidad de la información	Requerimiento de acciones de supervisión y/o fiscalización
Muy Alto	1,00	La detección se dio mediante autoreporte, reporte y/o denuncia de terceros, con información sustentatoria completa	La disponibilidad de información para detectar la infracción es completa, confiable y de fácil acceso	No se requieren acciones de supervisión y/o fiscalización
Alto	0,75	La detección se dio mediante reporte y/o denuncia de terceros, con información sustentatoria incompleta	La disponibilidad de información para detectar la infracción es limitada, confiable y de fácil acceso	No se requieren acciones de supervisión y/o fiscalización
Medio	0,50	La detección se dio mediante reporte y/o denuncia de terceros, sin información sustentatoria	La disponibilidad de información para detectar la infracción es limitada y confiable, pero de difícil acceso	Se requieren acciones de supervisión y/o fiscalización en zonas geográficas de fácil accesibilidad, con o sin necesidad del uso de equipamiento tecnológico
Bajo	0,25	La detección se dio mediante acciones de investigación propias de la Secretaría Técnica de Solución de Controversias	No hay disponibilidad de información para la detección de la infracción	Se requieren acciones de supervisión y/o fiscalización en zonas geográficas de difícil accesibilidad, sin necesidad del uso de equipamiento tecnológico
Muy Bajo	0,10	La detección se dio mediante acciones de investigación de terceros diferentes a la Secretaría Técnica de Solución de Controversias	No hay disponibilidad de información para la detección de la infracción y/o existen acciones de ocultamiento de información	Se requieren acciones de supervisión y/o fiscalización en zonas geográficas de difícil accesibilidad y se requiere del uso de equipamiento tecnológico

Elaboración: STSC - OSIPTEL

46. Cabe señalar que la designación de la probabilidad de detección no requiere la presencia conjunta de todos los criterios indicados anteriormente, sino que bastaría la presencia de alguno de estos. Asimismo, en caso de que se presenten características de distintas calificaciones al mismo tiempo, el Órgano Resolutivo respectivo evaluará y determinará cuáles de estos se presentan con mayor relevancia, a efectos de dilucidar el nivel de la probabilidad de detección.

47. Finalmente, los Órganos Resolutivos y las Secretarías Técnicas del OSIPTEL podrán incorporar criterios adicionales a los presentados, en función de la complejidad de la controversia, los cuales deberán de ser sustentados en la resolución que se emita.

IV.1.2 Beneficio Ilícito Actualizado

48. El Beneficio Ilícito (BI) de la infracción es un enfoque que permite aproximar el beneficio que habría obtenido el infractor, como producto de llevar a cabo la infracción, y está compuesto por dos elementos que los Órganos Resolutivos y las Secretarías Técnicas del OSIPTEL podrán considerar para su estimación, según la infracción evaluada:

- **Costos ahorrados (o costos evitados):** Se encuentran representados por los costos evitados de forma permanente y/o postergados, en los cuales el infractor habría tenido que incurrir para cumplir con la obligación establecida. Asimismo, se consideran las inversiones postergadas.

Los costos evitados de forma permanente se refieren a aquellos gastos que la empresa no ha realizado y generaron la infracción. Los costos postergados corresponden a aquellos gastos que no son realizados de forma oportuna, obteniéndose un beneficio por el valor del dinero en el tiempo.

- **Ganancias ilícitas (o ingresos ilícitos):** Se encuentran representados por los ingresos que el infractor obtiene indebidamente como consecuencia de desarrollar la conducta infractora.

49. El beneficio ilícito será actualizado mediante la siguiente expresión:

$$\text{Beneficio Ilícito Actualizado} = \sum_{m=1}^M \text{Beneficio ilícito}_m \times (1 + r)^t$$

50. La variable “m” representa los meses de duración de la infracción, los cuales van desde “m” (fecha imputada como inicio de la infracción) hasta “M” (fecha imputada como fin de la infracción ⁽⁴¹⁾).

51. La variable “t”, expresada en meses, representa el período de actualización del beneficio ilícito, la cual se estima desde la fecha en que la empresa operadora comete la conducta infractora hasta la fecha en que OSIPTEL realiza la graduación de la multa, la cual no puede exceder al plazo de emisión de la resolución final.

52. La variable “r” representa la tasa de actualización, la cual se puede representar mediante el Costo Promedio Ponderado del Capital (tasa WACC) o el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

53. Al respecto, la tasa WACC nos permite determinar cuál es el costo del capital de una empresa o proyecto, teniendo en cuenta el porcentaje que contribuye cada una de las fuentes de capital. Este indicador representa la rentabilidad que obtiene el infractor por los recursos, asociados a los costos evitados y/o postergados, no realizados en el cumplimiento de la normativa y que, por tanto, están disponibles para otras actividades alternativas que incrementan el flujo de caja del infractor ⁽⁴²⁾.

54. Por otro lado, el IPC mide la variación de los precios de una canasta básica a lo largo de un determinado período, la cual está conformada por alimentos, vestido y calzado,

⁴¹ La cual no necesariamente implica que la infracción haya cesado.

⁴² Definición presente en la “Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base a cargo de OSINERGMIN, aprobado mediante Resolución N° 120-2021-OS/CD. Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3nozccq>



alquiler de viviendas, salud, cultura, entre otros servicios. Estos elementos, que forman parte de la construcción del IPC, se encuentran alejados de la rentabilidad propia que habría obtenido una empresa producto del beneficio ilícito por cometer una determinada infracción.

55. En tal sentido, la tasa WACC se encuentra asociada a la rentabilidad que puede tener una empresa con los recursos que obtuvo producto de la infracción, por lo cual corresponde utilizar dicha tasa como factor de actualización, para recoger el efecto de los recursos ilícitos obtenidos por la empresa sobre la rentabilidad de la misma a lo largo del tiempo.
56. Adicionalmente, un análisis comparado de la experiencia nacional permite identificar que la tasa de actualización utilizada por los organismos reguladores y publicada en sus guías metodológicas de multas corresponde a la tasa WACC.

Cuadro N° 11: Muestra de instituciones que utilizan la tasa WACC como factor de actualización

Institución	¿Utiliza tasa WACC como tasa de actualización?	Referencia
OSINERGMIN	Sí	https://bit.ly/3noZcqq ⁽⁴³⁾
OEFA	Sí	https://bit.ly/3mG6G4P ⁽⁴⁴⁾
OSITRAN	Sí	https://bit.ly/3iqq5HN ⁽⁴⁵⁾
SUNASS	Sí	https://bit.ly/3iYM5Jf ⁽⁴⁶⁾
OSIPTEL	Sí	https://bit.ly/3ymnpSb ⁽⁴⁷⁾

Elaboración: STSC - OSIPTEL

57. En virtud de lo anterior, en la presente Metodología se considera razonable utilizar la tasa WACC como factor de actualización.
58. Al respecto, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL, publicada el 2 de diciembre de 2021, el OSIPTEL aprobó la “*Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL*”, la cual establece, entre otros valores, una tasa WACC en nuevos soles de 6,46% para el sector de las telecomunicaciones, con vigencia desde el

⁴³ Ver artículo 3.6 de la página 3 del citado documento.

⁴⁴ Ver tabla 4 de la página 19 del Anexo III: Manual Explicativo de la guía de multas de OEFA.

⁴⁵ Ver página 39 del citado documento, la cual contiene un párrafo que señala lo siguiente:
“Para la estimación del beneficio ilícito generado por costos evitados temporalmente, es relevante definir una tasa de descuento apropiada que refleje el costo de oportunidad del capital.” (subrayado propio).

⁴⁶ Ver nota a pie de página 8 de la página 12 del citado documento, la cual señala lo siguiente:
“La tasa de descuento mensual se obtiene a partir del WACC de la EPS calculada en su estudio tarifario vigente”.

⁴⁷ Ver página 36 de la Metodología de Cálculo de Multas.



1 de enero de 2022 ⁽⁴⁸⁾. En tal sentido, la presente guía metodológica recoge dicho valor como tasa de actualización para las infracciones a la libre y leal competencia en telecomunicaciones.

59. Dicha tasa equivale a 0,523% mensual, considerando la siguiente expresión:

$$WACC_{\text{mensual}} = (1 + WACC_{\text{anual}})^{\frac{1}{12}} - 1$$

60. La tasa WACC es revisada periódicamente en función de la información disponible, a fin de determinar si corresponde actualizarla, lo cual no requiere una aprobación mediante Resolución de Consejo Directivo, sino únicamente el pronunciamiento y sustento de la actualización de este valor.

IV.2 FASE II: AJUSTE CONSIDERANDO AGRAVANTES Y ATENUANTES

61. Luego de obtener la “Multa Base”, corresponde ajustar su valor considerando los factores agravantes y/o atenuantes identificados durante el trámite del procedimiento, a fin de determinar la “Multa Propuesta”, correspondiente al año vigente en que se determina la sanción, mediante la siguiente fórmula:

$$\text{MULTA PROPUESTA} = \text{Multa Base} \times F \times \frac{1}{\text{UIT}_{\text{año vigente}}}$$

Donde:

$$F = 1 + \sum_{i=1}^n x_i - \sum_{i=1}^m y_i$$

$$\text{Agravantes} = \sum_{i=1}^n x_i ; \quad \text{Atenuantes} = \sum_{i=1}^m y_i$$

62. Al respecto, los factores agravantes y atenuantes son porcentajes de incremento o reducción que se aplican sobre la “Multa Base”, en función de determinadas circunstancias particulares de la infracción y/o hechos que se presenten en el trámite del procedimiento, atendiendo a los criterios de graduación de la sanción que se encuentran detallados en el artículo 47 de la LRCA y el artículo 53 la LRCD, así como en el numeral 3 del artículo 248 de la LPAG ⁽⁴⁹⁾.

⁴⁸ Información de la tasa WACC en Nuevos Soles disponible en la página 18 de la Matriz de Comentarios de la guía metodológica aprobada por la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL. Disponible en la siguiente URL <https://bit.ly/3ymnpSb>

Cabe señalar que el cálculo desarrollado del WACC consideró información que involucra a las siguientes empresas operadoras: TDP, AMÉRICA MÓVIL, ENTEL, VIETTEL y AMERICATEL, por lo que el nivel establecido para el WACC resulta ser un valor representativo para el sector.

⁴⁹ Adicionalmente, se ha tomado como referencia los agravantes y atenuantes incluidos en la Tabla II del Anexo 2 del Documento de Trabajo: N° 01-2020/GEE “Propuesta metodológica para el cálculo de multas en el INDECOPI”, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI. mayo 2020.



IV.2.1 Factores agravantes

63. Los agravantes corresponden a aquellos hechos o situaciones que pueden incrementar el monto de la “Multa Base”. Para efectos de la presente metodología, se consideran factores agravantes aplicables en las infracciones de libre y leal competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones a la reincidencia, la reiteración, la mala conducta procesal y otras circunstancias particulares de la conducta.

- **La reincidencia (x_1):** Se considera como reincidencia a la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción ⁽⁵⁰⁾. En el numeral 46.4 del artículo 46 de la LRCA y el numeral 52.3 del artículo 52 de la LRCD se considera a la reincidencia como una circunstancia agravante para la graduación de sanciones por infracciones de libre y leal competencia, respectivamente, cuya sanción aplicable no debe ser menor que la sanción precedente.

Asimismo, para el OSIPTEL ⁽⁵¹⁾ la reincidencia es un criterio de graduación de la sanción que persigue desincentivar la comisión frecuente de infracciones, mediante una mayor punición al haberse repetido en un plazo determinado. De ese modo, su finalidad es influir en el comportamiento del agente infractor para disuadirlo y, de esa manera, proteger a la sociedad de tales conductas no deseadas.

Para la aplicación de la presente metodología, cuando estemos ante la primera reincidencia, la “Multa Base” incrementará en 50%, y a partir de la segunda reincidencia en 100%.

- **La reiteración (x_2):** Se considera a la reiteración como una agravante en la comisión de actos de competencia desleal, conforme al literal h) del artículo 53 de la LRCD, que implica la realización de forma reiterada de conductas infractoras del mismo o distinto tipo infractor, sin que necesariamente haya una sanción previa por alguna de estas infracciones.

Al respecto, la reiteración como factor agravante ha sido aplicada por los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL ⁽⁵²⁾ y por el INDECOPI en diversas resoluciones. Así, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI ha señalado que la propia naturaleza de la reiteración hace referencia a una serie de infracciones sucesivas a la LRCD, lo que revela un actuar frecuente del agente infractor ⁽⁵³⁾.

⁵⁰ Conforme al literal e) del numeral 3 del artículo 248 de la LPAG.

⁵¹ El Consejo Directivo del OSIPTEL se ha pronunciado en ese sentido a través de la Resolución N° 123-2022-CD/OSIPTEL de fecha 4 de agosto de 2022, tramitada en el Exp. N° 00094-2021-GG-DFI/PAS.

⁵² La reiteración como agravante ha sido aplicada por los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL en las Resoluciones N° 068-2021-CCP/OSIPTEL (Exp. N° 005-2021-CCP/OSIPTEL) y la Resolución N° 004-2017-CCP/OSIPTEL (Exp. N° 004-2016-CCO-ST/CD).

⁵³ Resoluciones N° 3146-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010, N° 1739-2013/SDC-INDECOPI del 29 de octubre de 2013, N° 0626-2014/SDC-INDECOPI del 22 de julio de 2014 y N° 0785-2014/SDC-INDECOPI del 4 de noviembre de 2014.



Para la aplicación de la presente metodología, ante la primera infracción reiterada, la “Multa Base” incrementará en 10% y, a partir de la segunda infracción reiterada en 30%.

- **La mala conducta procesal (x_3):** Considerando que todos los que participan en un procedimiento administrativo deben guiar sus actuaciones por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe ⁽⁵⁴⁾, el comportamiento contrario a dichos deberes puede ser considerado como factor agravante, en caso el infractor realice acciones que dificulten o retrasen las investigaciones dentro del procedimiento sancionador por infracción a la libre competencia.

Este factor se aplica en los procedimientos sancionadores referidos a conductas anticompetitivas, conforme a lo previsto en el literal i) del artículo 47 de la LRCA, el cual considera a la actuación procesal como uno de los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa. De aplicarse este factor, la “Multa Base” incrementará en 20%.

- **Otras circunstancias particulares a la conducta (x_4):** Además de los agravantes anteriores, pueden considerarse factores muy específicos a la conducta anticompetitiva o desleal de que se trate, de acuerdo con las características de cada caso.

Bajo este factor se pueden considerar distintas particularidades como agravantes; sin embargo, todas estas en su conjunto incrementarán la “Multa Base” como máximo en 30%.

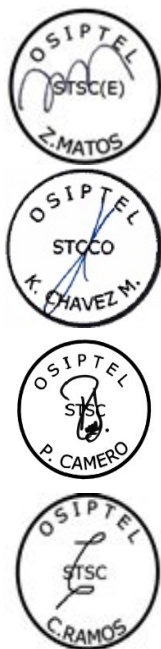
64. A modo de resumen, se presenta el siguiente cuadro con los factores agravantes y porcentajes correspondientes aplicables en los procedimientos tramitados por las infracciones de libre y leal competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones:

Cuadro N° 12: Factores agravantes aplicables

Agravantes	Porcentaje	Aplica en infracciones sobre:	
		LRCA	LRCD
Reincidencia (x_1)			
Primera reincidencia	50%	X	X
Segunda reincidencia a más	100%	X	X
Reiteración (x_2)			
Primera reiteración	10%		X
Segunda reiteración a más	30%		X
Mala conducta procesal (x_3)	20%	X	
Otras circunstancias particulares a la conducta (x_4)	Hasta 30%	X	X

Elaboración: STSC – OSIPTEL

⁵⁴ De acuerdo con lo establecido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.



IV.2.2 Factores atenuantes

65. Los factores atenuantes corresponden a circunstancias en las que, de presentarse en un caso determinado, generarán que la cuantía de la sanción a imponerse se reduzca.
66. Antes de desarrollar los factores atenuantes que serán aplicados en los procedimientos sancionadores por infracciones a la libre y leal competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, es importante mencionar que la presente guía no incluirá el desarrollo de los beneficios de exoneración o reducción de sanción otorgados a través del programa de clemencia, cuyas reglas, plazos, condiciones y restricciones se regulan en la Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 143-2020-CD/OSIPTEL.
67. Cabe indicar que los beneficios de exoneración o reducción de sanción que se puedan presentar bajo el referido programa de clemencia solo se aplican a los integrantes de un cártel, como práctica colusoria horizontal sancionable bajo el numeral 11.2 del artículo 11 de la LRCA; mientras que la presente Guía Metodológica para la determinación de multas por infracciones a la libre y leal competencia incluirá factores atenuantes aplicables para todos los tipos de infracción bajo la LRCD y LRCA. Además, la solicitud de beneficio de reducción de la sanción en el Programa de Clemencia tiene condiciones distintas a las requeridas en la presente guía, teniendo como principal característica que dicha reducción se aplicará sólo si los elementos de prueba entregados por el solicitante aportan un valor agregado significativo para probar la existencia del cártel delatado.
68. Los factores atenuantes que serán considerados para reducir la multa por infracciones de libre y leal competencia son los siguientes:

- **Reconocimiento (y₁):** Conforme al literal a), numeral 2, del artículo 257 de la LPAG, es condición atenuante que el infractor reconozca su responsabilidad de forma expresa y por escrito, una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador.

Por su parte, el artículo 27 de la LRCA regula específicamente el reconocimiento de infracción disponiendo que, dentro del plazo para presentar descargos, los agentes económicos investigados pueden reconocer la comisión de una o más infracciones contenidas en la imputación de cargos, asignándole un porcentaje de reducción de hasta 15% en la multa que le hubiera sido aplicable por las infracciones reconocidas, y siempre que no se impugne la decisión sancionadora en lo que corresponde a la determinación de responsabilidad. Por tanto, de aplicarse este factor atenuante, la “Multa Base” en los procedimientos sancionadores por infracciones a la libre competencia se reducirá en 15%.

En el caso de los procedimientos sancionadores por infracciones a la leal competencia, la “Multa Base” se reducirá en 15% si el reconocimiento se presenta dentro del plazo de los descargos a la imputación, en 10% si se presenta antes del Informe Final de Instrucción y en 5% si se presenta antes de la emisión de la Resolución Final.

Cabe indicar que, en todos los casos, el reconocimiento debe ser efectuado de forma expresa y por escrito, y se aplica siempre que no se vuelva a cuestionar la



responsabilidad administrativa objeto de reconocimiento en el trámite del procedimiento sancionador o a través de la impugnación.

Así, el reconocimiento debe efectuarse de forma clara y precisa respecto a todos los actos u omisiones constitutivos de infracción, y debe representar la expresa convicción de haber cometido una conducta infractora. Por ello, para la aplicación válida de este atenuante, el administrado tiene que abstenerse de seguir presentando argumentos respecto a su responsabilidad luego de presentada su solicitud, pudiendo únicamente cuestionar la cuantía de la sanción a imponerse ⁽⁵⁵⁾.

- **Otros particulares a la conducta (y₂):** Bajo este factor pueden considerarse como atenuantes diversos aspectos específicos de la conducta del infractor, lo cual será evaluado en cada caso por los órganos correspondientes. Todos esos aspectos particulares -en su conjunto- pueden reducir la “Multa Base” como máximo hasta en un 10%.

69. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la aplicación de las circunstancias atenuantes y sus porcentajes se realizará de acuerdo al siguiente detalle:

Cuadro N° 13: Factores atenuantes aplicables

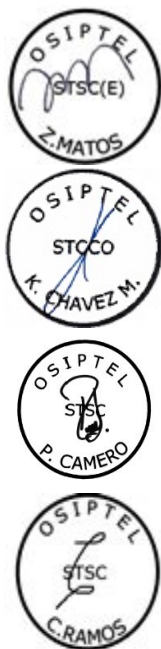
ATENUANTES	REDUCCIÓN PORCENTUAL	APLICA EN INFRACCIONES SOBRE:	
		LRCA	LRCD
Reconocimiento de responsabilidad (y₁)			
Dentro del plazo para presentar descargos	15%	X	X
Antes del Informe Final de Instrucción	10%		X
Antes de la emisión de la Resolución final	5%		X
Otros particulares a la conducta (y₂):	Hasta 10%	X	X

Elaboración: STSC – OSIPTEL

IV.3 FASE III: AJUSTE SEGÚN MÁXIMO LEGAL Y CAPACIDAD DE PAGO

70. En esta etapa se determinará la “**MULTA FINAL**”, la cual considera la aplicación de los máximos legales y topes establecidos por la LRCA y la LRCD, dependiendo del tipo de infracción específica. De acuerdo con dicho marco legal, las sanciones no pueden superar los límites legales ni pueden ser mayores al tope legalmente establecido, según su clasificación, como se aprecia en el siguiente cuadro:

⁵⁵ Este criterio también ha sido recogido por el OSIPTEL en otros procedimientos sancionadores (cfr. la Resolución N° 00167-2021-CD/OSIPTEL emitida en el Exp. N° 060-2020-GG-GSF/PAS, así como la Resolución N° 148-2021-CD/OSIPTEL emitida en el Exp. N° 0111-2019-GG-GSF/PAS).



Cuadro N° 14: Escala de multas por infracciones a la libre y leal competencia

CALIFICACIÓN	LRCD		LRCA	
	Multa Máxima Legal en UIT	Multa máxima como porcentaje de sus ingresos	Multa Máxima Legal en UIT	Multa máxima como porcentaje de sus ingresos
Leve sin efectos reales	Amonestación		No existe esta opción	
Leve	Hasta 50 UIT	Hasta el 10% de los ingresos brutos (*)	Hasta 500 UIT	Hasta el 8% de las ventas o ingresos brutos (**)
Grave	Hasta 250 UIT		Hasta 1000 UIT	Hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos (**)
Muy Grave	Hasta 700 UIT		Más de 1000 UIT	Hasta el 12% de las ventas o ingresos brutos (**)

Fuente: LRCA y LRCD

Elaboración: STSC – OSIPTEL

Nota:

(*) Porcentaje de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución sancionadora. Este tope no se aplicará cuando se trate de una infracción reincidente de competencia desleal (Art. 52.2 LRCD).

(**) Porcentaje 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 sancionadora.

71. De acuerdo al marco legal establecido en el Perú, las sanciones no pueden superar los límites legales, de acuerdo a su clasificación. En principio, la multa a imponer debería ser la “Multa Propuesta” en la etapa anterior. Sin embargo, dicha multa no puede superar el límite legal establecido como multa máxima, ni puede superar el tope fijado como porcentaje de ingresos de la empresa infractora ⁽⁵⁶⁾.
72. En ese sentido, primero corresponde evaluar si el monto de la “Multa Propuesta” supera o no la “Multa Máxima Legal” establecida, según la clasificación de la conducta. Si se supera dicho límite, la multa tomará ese monto máximo. Luego deberá verificarse que ese nuevo monto de multa no supere el tope correspondiente al porcentaje de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor (capacidad financiera), según la clasificación de la infracción. Si se supera dicho límite, la multa tomará ese monto máximo.



⁵⁶ En la LRCA y la LRCD no se han fijado límites mínimos para las multas; sin embargo, cuando se trate de una infracción reincidente, el monto de la multa previamente impuesta constituirá el tope mínimo de la nueva multa a imponerse (Art. 46.4 LRCA; Art. 52.3 LRCD).

Gráfico N° 3: Determinación de la multa



Fuente: LRCA y LRCD

Elaboración: STSC – OSIPTEL

Nota: En caso alguna multa no se encuentre comprendida en el planteamiento desarrollado anteriormente, se evaluará el caso particular a fin de determinar el nivel de sanción a imponer.

73. De esta manera, dependiendo del análisis realizado, se podrá imponer a la empresa un determinado nivel de multa, según la infracción evaluada.

