

PROYECTO DE NORMA

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

I. OBJETIVO

1. Mejorar la predictibilidad en la sanción de conductas anticompetitivas y desleales que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, fortaleciendo el ejercicio de las funciones que la normativa vigente le atribuye al OSIPTEL para controlar dichas conductas infractoras.
2. Facilitar el cálculo de las multas por infracciones a la libre y leal competencia, permitiendo agilizar la instrucción y resolución definitiva de los procedimientos sancionadores.
3. Generar incentivos para un adecuado comportamiento de los agentes económicos en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, en el que su actuación se guíe por la buena fe y el respeto al marco normativo vigente.

II. ALCANCE DE LA NORMA

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

III. METODOLOGÍA PARA DETERMINAR LA MULTA APLICABLE

5. La metodología para determinar las multas por infracciones a la LRCA y a la LRCD, considera tres (3) fases:

III.1 FASE I: DETERMINACIÓN DE LA MULTA BASE

6. El cálculo de multas se realizará conforme a la siguiente fórmula:

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{BI (Beneficio ilícito actualizado)}}{\text{P (Probabilidad de detección)}}$$

7. La “Multa Base” se conforma por la probabilidad de detección y el beneficio ilícito actualizado a valor presente, cuyas características se describen a continuación.

III.1.1 Probabilidad de detección (P)

Los niveles de detección y los criterios aplicables son los que se indican en el siguiente Cuadro N° 1:

¹ Los Cuerpos Colegiados, en primera instancia administrativa, y el Tribunal de Solución de Controversias, en segunda y última instancia administrativa.

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



Cuadro N° 1: Niveles de detección, valores numéricos para la probabilidad de detección a evaluar y criterios de asignación

Nivel de detección	Valor	<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	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

8. Los criterios de asignación señalados en el Cuadro N° 1, representan el 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 en que se detectó la infracción por parte de la autoridad administrativa.
- **Disponibilidad de la información:** Se refiere a la cantidad de información que se requiere para detectar la infracción.
- **Requerimiento de acciones de supervisión y/o fiscalización:** Se refiere a las acciones de supervisión y/o fiscalización que necesita realizar la autoridad administrativa para identificar una infracción.

9. Para determinar la probabilidad de detección no es necesaria la presencia conjunta de todos los criterios indicados, bastando la presencia de alguno de estos. Cuando se presenten características de distintos niveles al mismo tiempo, el Órgano Resolutivo evalúa el caso y determina la probabilidad según los criterios que considere de mayor relevancia.



10. Los Órganos Resolutivos pueden incorporar criterios adicionales para determinar la probabilidad de detección, en función de la complejidad del caso y con el sustento correspondiente.

III.1.2 Beneficio Ilícito Actualizado

11. Mediante este enfoque se aproxima el beneficio que habría obtenido el infractor por llevar a cabo la conducta infractora. Este se encuentra compuesto por dos elementos que los Órganos Resolutivos pueden considerar para su estimación en cada caso:

- **Costos ahorrados (o costos evitados):** Representa los costos evitados de forma permanente y/o postergada, 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):** Representa los ingresos que el infractor obtiene indebidamente como consecuencia de desarrollar la conducta infractora.

12. El beneficio ilícito se actualiza mediante la siguiente expresión:

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

13. 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 ⁽³⁾).

14. 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.

15. La variable “r” corresponde a la tasa de actualización, que se representa mediante el Costo Promedio Ponderado del Capital - Tasa WACC en Nuevos Soles: **6,46%** ⁽⁴⁾.

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

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

³ La cual no necesariamente implica que la infracción haya cesado.

⁴ Valor igual a la tasa WACC en Nuevos Soles para el sector de las telecomunicaciones, establecida en la Metodología de Cálculo de Multas aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL, vigente desde el 1 de enero de 2022: Factor de actualización para las infracciones cuyas multas se estiman mediante el enfoque de beneficio ilícito. (cfr. p. 36 del Documento Metodológico y p. 18 de su Matriz de Comentarios <https://bit.ly/3ymnpSb>).

El OSIPTEL calculó el referido valor del WACC considerando información que involucra a las empresas operadoras TDP, AMÉRICA MÓVIL, ENTEL, VIETTEL y AMERICATEL, por lo que es un valor representativo para el sector.



17. 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 de los Órganos Resolutivos y sustento de la actualización de este valor.

III.2 FASE II: AJUSTE DE LA MULTA CONSIDERANDO AGRAVANTES Y ATENUANTES

18. 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”, la cual incorpora el valor de la unidad impositiva tributaria (UIT), 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:

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

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

19. Al respecto, los factores agravantes y atenuantes son porcentajes de incremento o reducción sobre la “Multa Base”, en función de determinadas circunstancias particulares de la infracción y/o hechos que se presenten en el trámite del procedimiento.

III.2.1 Factores agravantes

20. 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 ⁽⁵⁾.

En el numeral 46.4 de la LRCA y el numeral 52.3 de la LRCD se considera a la reincidencia como una circunstancia agravante en la graduación de las sanciones en libre y leal competencia, respectivamente, y la sanción aplicable en estos casos no debe ser menor que la sanción precedente.

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

⁵ Conforme al literal e), numeral 3 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, LPAG).



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

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 ⁽⁶⁾, 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 conductas anticompetitivas.

Este factor se aplica en los procedimientos sancionadores referidos a infracciones a libre competencia, 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 podrán incrementar como máximo en 30% la “Multa Base”.

21. A modo de resumen, se presenta el siguiente Cuadro N° 2 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° 2: 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 infracción reiterada	10%		X
Segunda infracción reiterada 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

⁶ De acuerdo con lo establecido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.



III.2.2 Factores atenuantes

22. Los factores atenuantes corresponden a circunstancias que pueden generar que la cuantía de la sanción a imponerse se reduzca. Los factores que se consideran para reducir la multa por infracciones de libre y leal competencia son los siguientes:

- **Reconocimiento (y_1):** de conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 257 de la LPAG, es condición atenuante si el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito, una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador.

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 a las infracciones reconocidas, y siempre que no se impugne la decisión sancionadora en lo que corresponde a la determinación de responsabilidad.

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 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.

- **Otros particulares a la conducta (y_2):** 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%.

23. De acuerdo con lo expuesto, la aplicación de las circunstancias atenuantes y sus porcentajes se realizará según se detalla en el siguiente Cuadro N° 3:

Cuadro N° 3: Factores atenuantes aplicables

ATENUANTES	REDUCCIÓN PORCENTUAL	INFRACCIONES	
		LRCA	LRCD
Reconocimiento de responsabilidad (y_1)			
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 (y_2):	Hasta 10%	X	X

Elaboración: STSC – OSIPTEL



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

24. En esta etapa se determinará la “Multa Final”, la cual considera el análisis de los montos máximos de multas establecidos por la LRCA y la LRCD, dependiendo del tipo de infracción específica. Para el caso de las conductas desleales, la LRCD establece que las infracciones leves que no generen afectación real en el mercado se sancionan únicamente con amonestación.
25. De acuerdo con dicho marco legal, las sanciones de multa no pueden superar los límites máximos legales ⁽⁷⁾ ni pueden ser mayores al tope legalmente establecido, de acuerdo a su clasificación, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 4: 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.

⁷ 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).

