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

Febrero 2023

CONTENIDO

I. OBJETIVO ____ **3**

II. ALCANCE ____ **3**

III. ANTECEDENTES ____ **3**

IV. MARCO TEÓRICO ____ **4**

V. DETERMINACIÓN DE LA MULTA APLICABLE ____ **10**

V.1 FASE I: CÁLCULO DE LA MULTA BASE ____ **11**

V.1.1 Probabilidad de detección ____ 11

V.1.2 Beneficio Ilícito Actualizado ____ 25

V.2 FASE II: AJUSTE CONSIDERANDO AGRAVANTES Y ATENUANTES ____ **32**

V.2.1 Factores agravantes ____ 32

V.2.2 Factores atenuantes ____ 34

V.3 FASE III: AJUSTE SEGÚN MÁXIMO LEGAL Y CAPACIDAD DE PAGO ____ **36**

I. OBJETIVO

1. En el presente documento se desarrolla la "*Metodología para la determinación de multas por infracciones a la libre y leal competencia"*, que contiene las fórmulas, criterios y parámetros, entre otros valores, que aplicará el Osiptel para cuantificar las multas que se impongan por conductas anticompetitivas y desleales.

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 la Competencia Desleal –Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, LRCD) ([4]).

III. ANTECEDENTES

3. Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 186-2022-CD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 28 de octubre de 2022, se publicó para comentarios el Proyecto de "*Metodología para la determinación de multas por infracciones a la libre y leal competencia*", en el portal institucional del Osiptel, otorgándose un plazo de veinte (20) días calendario para que los interesados puedan presentar comentarios al citado proyecto. Dicho plazo venció el 17 de noviembre de 2022.

4. Mediante las cartas N° DMR/CE/N°2729/222 y N° 01117-2022/DL, recibidas el 17 de noviembre de 2022, América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) y Viettel Perú S.A.C. (en adelante, Viettel), respectivamente, presentaron comentarios.

5. Mediante carta N° 4488-AG-GER-22, recibida el 17 de noviembre de 2022, Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) solicitó una ampliación del plazo inicialmente otorgado, en diez (10) calendario adicionales para remitir sus comentarios.

6. Mediante la carta s/n, recibida el 18 de noviembre de 2022, el estudio Bullard Falla Ezcurra+ presentó comentarios.

7. Mediante el correo recibido el 22 de noviembre de 2022, los señores David Fernández Flores y Cristhian Flores Angulo presentaron comentarios.

8. Mediante el Oficio N° 087-2022/CCD-INDECOPI, recibido el 23 de noviembre de 2022

[1] Los Cuerpos Colegiados –"Cuerpo Colegiado Permanente" y "Cuerpos Colegiados Ad-Hoc"-, en primera instancia administrativa, y el 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

se recibieron los comentarios de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

9. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 215-2022-CD/OSIPTEL ([5]) se prorrogó en once (11) días calendario adicionales el plazo para presentar comentarios, esto es, hasta el 28 de noviembre de 2022.

10. Mediante carta CGR-2741/2022-JRU, recibida el 7 de diciembre de 2022, Entel Perú S.A. (en adelante, Entel) presentó comentarios, los cuales fueron remitidos de forma extemporánea –nueve (9) días después de vencido el plazo establecido para recibir comentarios-, por lo cual no fueron incluidos de forma directa en el análisis del proyecto. No obstante, cabe resaltar que la mayoría de sus comentarios fueron analizados en respuesta a los comentarios realizados por otros agentes económicos.

IV. MARCO TEÓRICO

11. 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 ello, 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.

12. 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:

$$W(e,M,t) = \underbrace{\int_{B}^{\infty} Bf(B)dB}_{\text{Beneficio esperado agregado que obtiene la empresa infractora}} - \underbrace{[1-F(\tilde{B})]\{D+p(e)qt(\lambda+\alpha)\}}_{\text{Daño esperado agregado por la comisión de la infracción}} - \underbrace{e}_{\text{Costos en que incurre la autoridad para ejecutar la supervisión}}$$

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

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

[5] Aprobada el 28 de noviembre de 2022 y publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 30 de noviembre de 2022.

14. Dicha expresión económica 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.

15. La optimización de la expresión anterior ([6]), 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 → $$M^* = \frac{D}{p(e) \times q} + \frac{s}{q} + k$$

Donde:

- "D" representa el daño causado por la infracción
- "p(e)" representa la probabilidad de detectar (o verificar) 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.

16. 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. Así, dicha multa dependerá del daño causado por la infracción ("D"), los costos ("k", "s") asociados a la multa, así como la probabilidad de que el organismo supervisor detecte o verifique la infracción y aplique efectivamente la sanción ("p(e)" y "q", respectivamente).

17. 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.

18. 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" ([7]) basado

---

[6] 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 & Gallard 2006) disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3uzjEsk
- "*The Economic Theory of Public Enforcement of Law*" (A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell 200 disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3RW43Nd

[7] "*Regulación y supervisión del sector eléctrico*" (Dammert, Garcia Capio y Molinelli, 2da reimpresión marzo d 2013) disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3IOya4H.

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

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 ($\text{Beneficio}_{\text{incumplir normas}} > \text{Beneficio}_{\text{cumplir normas}}$).

19. 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:

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

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 detectar (o verificar) 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.

20. La cuantificación de la sanción mediante el beneficio ilícito debe considerar que el Principio de Razonabilidad ([8]), 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.

21. 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

[8] 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. (…)"

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.

22. 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, conjuntamente con un período de actualización, que ajuste los beneficios ilícitos que una empresa habría obtenido, considerando el desfase que existe entre el período de infracción y el período de graduación de la multa. De no incluirse una tasa de actualización, conjuntamente con un período 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.

23. Considerando lo anterior, la "Multa Base" se expresa tradicionalmente mediante la siguiente fórmula, conocida como **Metodología "Ad Hoc"**.

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

24. Esta fórmula de cálculo mediante la Metodología "Ad Hoc" es concordante 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: Concordancia de los criterios para determinar la gravedad y sanción con la fórmula de la Metodología "Ad Hoc"

Libre Competencia (Art. 47 LRCA)	Competencia Desleal (Art. 53 LRCD)	Metodología "Ad Hoc"
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 modalidad y el alcance del acto de competencia desleal.	Forma parte del cálculo del beneficio ilícito o daño causado
La dimensión del mercado afectado.	La dimensión del mercado afectado.	
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

Libre Competencia (Art. 47 LRCA)	Competencia Desleal (Art. 53 LRCD)	Metodología "Ad Hoc"
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 causado
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

25. Cabe señalar que, a nivel nacional, las guías metodológicas para el cálculo de multas, publicadas por diversos organismos reguladores como Sunass ([9]), Osiptel ([10]), Osinergmin ([11]), Ositran ([12]), Oefa ([13]), así como la Agencia de Competencia de los otros mercados distintos al de servicios públicos de telecomunicaciones (Indecopi[14]), 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 ([15])) y **iii)** metodología de valores fijos (utilizadas en infracciones con un alto grado de recurrencia).

9 Guía metodológica para el cálculo de multas impuestas por la Sunass. Disponible en: https://bit.ly/3iYM5Jf.

10 Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el Osiptel. Disponible en: https://bit.ly/3ymnpSb.

11 Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, aprobado mediante Resolución de Osinergmin N° 120-2021-OS/CD. Disponible en: https://bit.ly/3noZcqg.

12 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:https://bit.ly/3jqq5HN.

13 Mayor detalle en los anexos 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. Disponible en: https://bit.ly/3mG6G4P.

14 Graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutivos del Indecopi respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia, aprobado mediante Decreto Supremo N° 032-2021-PCM. Disponible en: https://bit.ly/3FoFAbP.

15 Informe "*Perú: Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia*. OCD (2018)". Disponible en: https://bit.ly/3O3e5co

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

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
	$\frac{BI + \alpha Daño}{P}$ ó $\frac{BI}{P} + D$	$\frac{BI\ (ó\ Daño)}{P}$	$\frac{BI}{P}$	$\alpha \times Ventas \times g \times F$	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.

26. 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 de mercado afectado por la infracción.

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

27. Cabe señalar que, una revisión de las guías metodológicas a nivel nacional permite observar que la conceptualización del daño en instituciones como Oefa, Osinergmin 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.

28. 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 de propiedad intelectual. Así, el concepto de daño es definido por el Decreto Supremo Nº 032-2021-PCM en tres categorías:
- Daño emergente ([16])
- Lucro cesante ([17])
- Daño a la persona ([18])

29. 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.

30. En tal sentido, teniendo en cuenta la literatura económica, la concordancia con 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 determinación de multas por infracciones a la libre y leal competencia, tramitadas ante el Osiptel, debe basarse en la Metodología "Ad Hoc", con la siguiente expresión:

Imagen N° 1: Fórmula para determinar la "Multa Base"

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

V. DETERMINACIÓN DE LA MULTA APLICABLE

31. 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*" ([19]) la aplicación de tres (3) fases al momento de calcular las multas ([20]), como se aprecia en el siguiente gráfico:

16 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*."

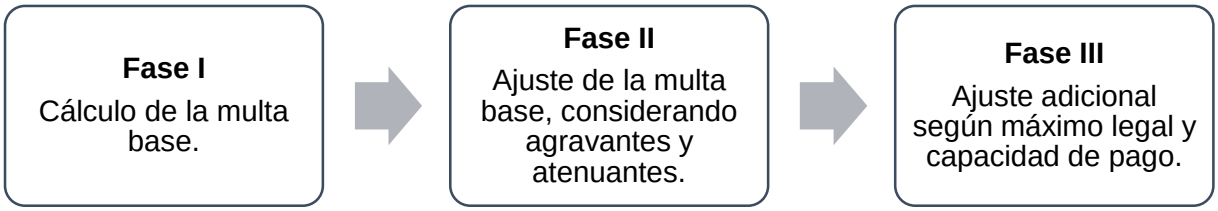
17 La definición presentada es la siguiente: *"Representa el beneficio esperado que el agente económico afectad hubiera recibido si no hubiera ocurrido el evento dañino. Es decir, se trata de un beneficio dejado de percibir causa de la infracción."*

18 La definición presentada es la siguiente: *"Representa toda lesión a la integridad del individuo y su proyecto d vida derivada de la infracción que puede derivar como mínimo un daño emergente y lucro cesante."*

19 Documento disponible en: https://bit.ly/3DjNanG

20 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: https://bit.ly/3DjNanG.

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



Elaboración: STSC – Osiptel

32. Teniendo en cuenta lo expuesto y la revisión a nivel nacional, en este documento metodológico se considerarán las tres fases antes señaladas.

V.1 FASE I: CÁLCULO DE LA MULTA BASE

33. La presente metodología para la cuantificación de multas considera el enfoque desarrollado en la sección IV del Marco Teórico:

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

34. La "Multa Base" está conformada por la probabilidad de detección y el beneficio Ilícito actualizado.

V.1.1 Probabilidad de detección

35. Esta variable será definida considerando tres (3) 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.

36. Respecto al **nivel de detección**, se revisaron 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.

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

Cuadro N° 4: Niveles de detección de las infracciones

Osiptel, Oefa (5 niveles)	Sunass, Ositran, Indecopi (3 niveles)	Osinergmin (no establece)
Muy alta	-	-
Alta	Alta	-
Media	Media	-
Baja	Baja	-
Muy Baja	-	-

Elaboración: STSC - Osiptel

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

38. 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 sanciones:

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

País	Marco Normativo	Autoridad	Año	Descripción de la probabilidad de detección	Artículo que detalla los criterios de graduación
España	Ley 15/2007 Defensa de la Competencia ([21])	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	2007	No contempla la probabilidad de detección como criterio explícito para determinar las sanciones	Ver Art. 64 de la norma
Chile	Decreto Ley N° 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia ([22])	Fiscalía Nacional Económica	2016		Ver Art. 26 de la norma
Ecuador	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ([23])	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	2012		Ver Art. 80 de la norma
Colombia	Ley 1340 DE 2009 Normas en materia de protección de la competencia ([24])	Superintendencia de Industria y Comercio	2009		Ver Art. 25 de la norma
México	Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión ([25])	Instituto Federal de Telecomunicaciones	2014		Ver Art. 301 de la norma

21 Disponible en la siguiente URL: https://bit.ly/3QTLJ68

22 Disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3BnVVvL

23 Disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3CCE7AZ

24 Disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3dYW3vd

25 Disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3E7ashJ

País	Marco Normativo	Autoridad	Año	Descripción de la probabilidad de detección	Artículo que detalla los criterios de graduación
México	Ley Federal de Competencia Económica ([26])	Comisión Federal de Competencia Económica	2014		Ver Art. 130 de la norma
Brasil	Ley N° 8884/94 ([27])	Consejo Administrativo de Defensa Económica	1994		Ver Art. 27 de la norma
Argentina	Ley 27442 Ley de Defensa de la Competencia ([28])	Comisión Nacional de Defensa de la Competencia	2018		Ver Art. 56 de la norma

Elaboración: STSC – Osiptel

39. Considerando la experiencia nacional observada sobre los niveles de detección utilizados, los cuales corresponden a 3 niveles de detección (opción 1) ó 5 niveles de detección (opción 2), corresponde evaluar ambas alternativas a fin de sustentar la elección de una de estas opciones.

40. Con relación a la **consistencia**, el Osiptel en su "*Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el Osiptel*", aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL en diciembre de 2021, estableció la aplicación de cinco (5) niveles de detección (muy bajo, bajo, medio, alto y muy alto); por lo cual, el uso de cinco (5) niveles en la presente "*Metodología para la determinación de multas por infracciones a la libre y leal competencia"* es consistente con la citada guía del Osiptel vigente desde 2022.

41. Con relación a la **flexibilidad**, 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.

42. Con relación a la **predictibilidad**, en la presente "*Metodología para la determinación de multas por infracciones a la libre y leal competencia"* se toma en cuenta la casuística histórica de los Cuerpos Colegiados, donde se han utilizado hasta cinco (5) valores numéricos (0,30 ([29]); 0,50 ([30]); 0,65 ([31]); 0,90 ([32]) hasta 1,00) para la probabilidad de detección; con lo cual, el establecer tres (3) niveles de detección nos alejaría de la

26 Disponible en: https://bit.ly/3R3SS3O

27 Disponible en: https://bit.ly/3rmHDsB

28 Disponible en: https://bit.ly/3APJknK

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

30 Numeral 129 de la Resolución No. 008-2019-CCP/OSIPTEL. Disponible en: https://bit.ly/3CxaAsl.

31 Numeral 133 de la Resolución No. 008-2019-CCP/OSIPTEL. Disponible en: https://bit.ly/3CxaAsl.

32 Numeral 129 de la Resolución No. 008-2019-CCP/OSIPTEL. Disponible en: https://bit.ly/3CxaAsl

casuística histórica, siendo una mejor opción el establecer cinco (5) niveles de detección, dado que permitiría recoger, de cierta forma, todo el espectro de valores numéricos utilizados en el pasado.

43. De acuerdo a lo expuesto, **esta STSC considera razonable optar por establecer cinco (5) 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.

44. Respecto a los **criterios de asignación**, se considera la información histórica de los procedimientos sancionadores que los Cuerpos Colegiados han 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 los Cuerpos Colegiados permite identificar algunos de los principales criterios de asignación utilizados, entre los cuales están los siguientes:

- En el 2021, el Cuerpo Colegiado Permanente 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 la Autoridad de Derechos de Autor.

- Adicionalmente, el Cuerpo Colegiado Permanente emitió la Resolución N° 072-2021-CCP/OSIPTEL ([33]), por dos (2) 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 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, considerand que hubo acciones de encubrimiento y su detección requirió que tanto el Osiptel com el Ministerio de Transportes y Comunicaciones recurran a inspecciones y uso d dispositivos tecnológicos.

[33] Disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3zE9yJw

- En el caso sancionado mediante la Resolución N° 008-2019-CCP/OSIPTEL ([34]), 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 la Resolución N° 006-2016-CCO/OSIPTEL ([35]), 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.

45. Por otro lado, Indecopi, Ositran, Sunass y Osiptel han establecido criterios de asignación para determinar el 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 ([36])**
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
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.

[34] Disponible en la siguiente URL https://bit.ly/370CFLa

[35] Disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3zCIJTn

[36] "*Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el Osiptel*" aprobada por Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL.

Nivel de detección	Criterios de asignación			
	Indecopi	**Ositran**	**Sunass**	**Osiptel ([36])**
	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	Incumplimiento 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	Incumplimiento 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 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 de Osiptel vía denuncia
	-	-	-	La conducta infractora es difícilmente observable por los afectados.

Nivel de detección	Criterios de asignación			
	Indecopi	Ositran	Sunass	Osiptel ([36])
	-	-	-	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)

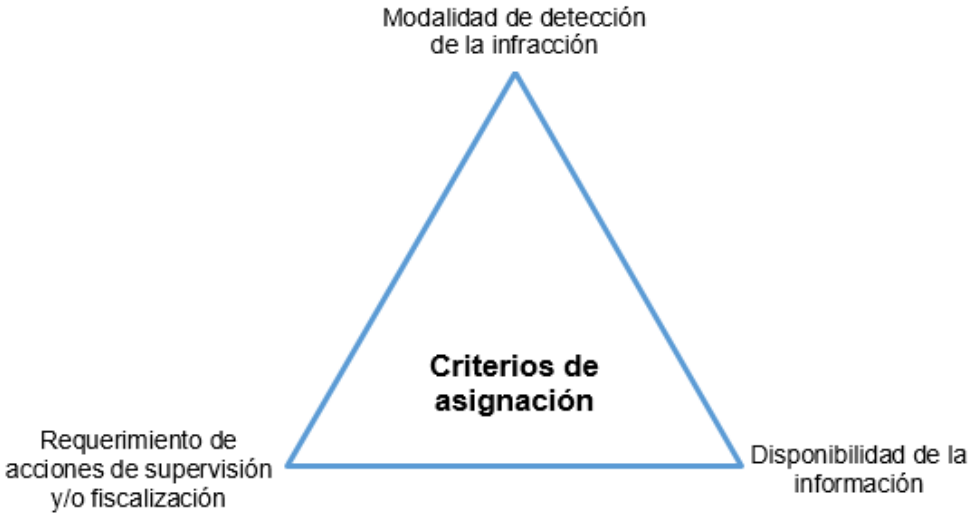
Elaboración: STSC - Osiptel

Nota: Oefa cuenta con criterios de asignación de forma general, sin especificar a qué nivel de detección se encuentran asociados, aunque indica adónde 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.

46. Considerando la información histórica de los criterios utilizados por los Cuerpos Colegiados 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 (3) criterios de asignación que se presentan en el siguiente gráfico:

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



Elaboración: STSC - Osiptel

47. Cada uno de los tres (3) criterios de asignación representan o buscan acercarse al nivel de esfuerzo que realiza la autoridad para detectar la infracción, el cual puede variar según las características propias y considerando el abanico de potenciales conductas infractoras relacionadas con la competencia desleal y la libre competencia que existen. A continuación, se describen cada uno de estos criterios:

- **Modalidad de detección de la infracción:** Se encuentra relacionado con la forma como la autoridad de competencia toma conocimiento de la infracción (autoreporte, denuncia, investigación propia, entre otras características).

- **Disponibilidad de la información:** Se encuentra relacionado con la cantidad de información que requiere la autoridad para detectar la infracción.

- **Requerimiento de acciones de supervisión y/o fiscalización:** Se encuentra relacionado con las acciones de supervisión y/o fiscalización que la autoridad necesita realizar para detectar la infracción. Así, determinadas infracciones requerirán un mayor grado de intervención por parte de la autoridad de competencia a fin de detectar la infracción.

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

Cuadro N° 7: Criterios de asignación descripción

Nivel de detección	CRITERIO 1 Modalidad de detección de la infracción	CRITERIO 2 Disponibilidad de la información	CRITERIO 3 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 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

49. 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	Suele preestablecerse en función a una categorización por niveles o escalas que se diferencian en función a criterios basados en la implementación, el esfuerzo y el diseño de la supervisión y fiscalización que la entidad reguladora ejerce para evidenciar el cumplimiento de las obligaciones, así como la aplicación efectiva de las sanciones 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" (p. 29) ([37]).	$m^* = \frac{B}{pq} + \frac{s}{q} + k$ Donde "s" y "k" representan costos de imponer las multas, y equivalen a cero, por lo cual la fórmula converge a: $m^* = \frac{B}{P}$
Sunass	Es la probabilidad de que la EPS sea detectada infringiendo la norma y sea sancionada por la Sunass.	"Guía metodológica para el cálculo de multas impuestas por la Sunass" (p. 5) ([38]).	No tiene
Indecopi	Se compone por un primer término que representa la probabilidad de verificar una infracción (p_d), a través del esfuerzo directo o indirecto de la autoridad; y de un segundo término que incluye la probabilidad de que la autoridad logre la aplicación efectiva (cobranza) de la media p_s.	Documento de Trabajo N° 1-2020/GEE Propuesta metodológica para el cálculo de multas en el Indecopi (p. 19) ([39]).	$p = p_d \times p_s$
Osinergmin	Es igual a la probabilidad de fiscalización (γ) y la probabilidad de detectar efectivamente la infracción (θ).	Guía de Política Regulatoria N° 2: Guía Metodológica para el cálculo de la Multa Base (p. 14) ([40]).	$p = \gamma \times \theta$ Donde $\theta = 1$ (supuesto de fiscalizaciones efectivas) por lo cual la fórmula converge a: $p = \gamma$

Elaboración: STSC

Nota: Los documentos de trabajo del 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 Resolució Osinergmin N° 120-2021-OS/CD, publicada el 12 de junio de 2021.

[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

[40] Documento disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3LFfMeI

50. Así, la probabilidad de detección está relacionada con el esfuerzo que la Autoridad ejerce para evidenciar el cumplimiento de las obligaciones y detectar las infracciones, así como la aplicación efectiva de las sanciones impuestas a los infractores, lo cual se puede cuantificar mediante la siguiente expresión ([41]) ([42]):

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

51. 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, y "q" representa la probabilidad de que luego sea sancionado exitosamente, lo cual se puede determinar a partir del éxito en la cobranza efectiva de una multa.

52. Al respecto, la literatura especializada ha estudiado la estimación de probabilidad de detección encontrando diversos valores, como se resume a continuación:

- Bryant and E. Woodrow Eckard (1991) en su estudio denominado *"Price Fixing: The Probability of Getting Caught"* ([43]) analizan una muestra de casos de los Estados Unidos durante el período 1961 a 1988 y estimaron que la probabilidad de detección y castigo se encuentra entre 13% y 17%.
- Ormosi (2013) señala en su estudio denominado "*A tip of the iceberg? The probability of catching cartels*" ([44]) que la estimación de la probabilidad de detección resulta compleja y presenta importantes dificultades prácticas derivadas de la ausencia de información, dado que no se cuenta con información de los casos no detectados ([45]). No obstante, el autor estima la probabilidad de detección en carteles, usando la información disponible de carteles capturados por EEUU y la Comisión Europea,

41 La OECD (2022) en su documento "*Report On The Nature And Impact Of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws*" (documento disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3gQF8g6) señala que está ampliamente aceptado que una sanción eficaz contra un cártel debe tener en cuenta no solo el monto de la ganancia obtenida por el cártel, sino también la probabilidad de que cualquier cártel determinado sea detectado y procesado.

Interpretación libre de:

> "***It is widely agreed that an effective sanction against a cartel should take into account not only the amount of gain realised by the cartel but also the probability that any given cartel will be detected and prosecuted***. *Because not all cartels are detected, the financial sanction against one that is detected should exceed the gain actually realised by the cartel. Some believe that as few as one in six or seven cartels are detected and prosecuted, implying a multiple of at least six. A multiple of three is more commonly cited, however. Determining the gain, as noted above, can be difficult. Some experts recommend employing a proxy when the gain cannot be calculated, such as a percentage of total turnover of the participants*". Resaltado y subrayado propio.

42 Polinsky y Shavell (2000) señalan que, cuando la imposición de multas implica costos para la autoridad, deb considerarse la probabilidad de que se imponga una multa después de la etapa de investigación-juicio.

43 Documento disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3VFk0Iw

44 Documento disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3VKlnWl.

45 Interpretación libre de la siguiente expresión:

> *"Estimating the probability of cartel detection is a daunting task because, by definition, we have n information on cases that are undetected. Research which attempts to quantify this magnitude is still in its infancy, but we do have some estimates.".*

encontrando que para el periodo comprendido entre 1985 y 2009 este valor se encuentra entre 10% a 20%.

- Harrington Jr. y Yanhao Wei (2016) estima en su estudio denominado "*What can the duration of discovered cartels tell us about the duration of all cartels?*" que un cartel nacido entre 1690 hasta 1985 cuenta con una probabilidad de muerte sea por colapso interno o por descubrimiento por parte de las autoridades en 17% ([46]).
- La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNCM) (2016) de España señala en su estudio denominado "*Valoración económica de las sanciones de competencia*" ([47]) que resulta prudente aceptar que la probabilidad anual de detección de una conducta anticompetitiva oscilaría en general en torno al 15%, y que en ningún caso superaría en circunstancias ordinarias una probabilidad del 20% ([48]).
- Garcia-Verdugo, Merino y Miren (2018) ([49]) en su estudio denominado "*Probabilidad de detección de cárteles en España: una estimación*" estiman que la probabilidad de detección para un conjunto de expedientes sancionadores, sobre acuerdos colusorios, resueltos desde 2011 hasta 2018 por la autoridad de competencia española, es de 10,7%.

53. Las estimaciones de la probabilidad de detección de los estudios citados anteriormente requieren del uso de modelos econométricos, susceptibles de ser cuestionados por los administrados debido a la necesidad de aplicar supuestos para la estimación, y abundante información muchas veces no disponible para la autoridad de competencia.

54. Adicionalmente, la estimación de la probabilidad de detección requiere que la Autoridad pueda construir un diseño muestral en el cual se contemple una selección aleatoria de las unidades de análisis que garantice la representatividad de la muestra y elimine el sesgo de selección vinculado a la determinación discrecional de una muestra ([50]). Para ello se necesita abundante información y la capacidad de la Autoridad de poder seleccionar la muestra sin que esta sea afectada por las acciones de los administrados, lo cual resulta complejo de realizar, considerando que estos tienen incentivos a brindar información que no les incrimine y que no agrave el monto de la multa a imponer.

55. Así, se afectaría la estimación de la probabilidad de detección, generando incentivos perversos para que los administrados no remitan información, a fin de hacer más compleja la estimación de este componente.

---

46 Documento disponible en el siguiente enlace URL https://bit.ly/3OVDczv (p. 27).

47 Documento disponible en la siguiente URL https://bit.ly/3GZk2qA

48 Dicho análisis se basa en la valoración conjunta de las probabilidades de detección estimadas por diversos autores en casos de prácticas anticompetitivas de tipo cártel. Ver documento en: https://bit.ly/3GZk2qA (p.15

49 Artículo que forma parte del "*Anuario de la Competencia*" publicado por la fundación ICO de la Universidad Autónoma de Barcelona. Ver documento en: https://bit.ly/3XISg7L (págs. 183 al 199).

50 Documento de trabajo de Osinergmin denominado "*Guía de Política Regulatoria N°2: Guía Metodológica para el cálculo de la Multa Base*". Disponible en la URL https://bit.ly/3vD8d2x

56. Frente a lo señalado, otra alternativa más idónea para determinar este parámetro consiste en establecer un conjunto de valores predeterminados y criterios de asignación, tal como ha sido adoptado por la mayoría de instituciones a nivel nacional en sus guías metodológicas para estimar multas (Indecopi, Sunass, Oefa, Ositran y Osiptel), dado que permite incrementar la predictibilidad y celeridad del proceso al pre-establecer un parámetro que los administrados conocen con anterioridad al procedimiento sancionador y pueden prever el valor de la probabilidad que les será asignado, según los criterios establecidos.

57. Al respecto, las guías metodológicas para la estimación de las multas a nivel nacional de otras instituciones cuentan con la siguiente escala de valores numéricos:

Cuadro N° 9: Comparativa de valores para la probabilidad de detección utilizados en otras guías metodológicas a nivel nacional

Nivel de detección	Indecopi (CLC)	Sunass	Ositran	Osiptel	Oefa
Muy alta	-	-	-	1.00	1.00
Alta	0.5381	1.00	1.00	0.75	0.75
Media	0.4138	0.50	0.50	0.50	0.50
Baja	0.2649	0.10	0.20	0.25	0.25
Muy baja	-	-	-	0.10	0.10

Elaboración: STSC – Osiptel

58. Salvo la guía metodológica de Indecopi, el resto de guías de multas cuentan con una distribución de valores similares, considerando que el valor más alto corresponde a un valor de uno (p = 1,00) mientras que el valor más bajo corresponde al valor de cero coma diez (p = 0,10) o cero coma veinte (p = 0,20). Cabe señalar que la literatura especializada revisada permite apreciar que la probabilidad de detección más baja observada en dichos estudios se encuentra alrededor de 0,1 (ó 10%) para conductas infractoras asociadas a acuerdos colusorios horizontales, por lo que no resulta extraño observar este mismo valor en el nivel más bajo de la probabilidad de detección asignada en las guías de multas de las instituciones a nivel nacional, aun cuando dichas guías evalúan infracciones de otro tipo, pero que revisten un nivel de detección similar.

59. Así, considerando lo anterior, el uso de los valores numéricos predeterminados resulta en una mejor opción respecto de la opción de valores estimados; y en ese sentido, considerando la información comparada de las guías de multas de otras autoridades nacionales, se pueden expresar los valores numéricos en la siguiente tabla:

Cuadro N° 10: 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

60. Finalmente, incorporando los tres (3) elementos asociados a la probabilidad de detección, se presenta el siguiente cuadro resumen:

Cuadro N° 11: Probabilidad de detección

Nivel de detección	Valor	CRITERIO 2 Modalidad de detección de la infracción	CRITERIO 2 Disponibilidad de la información	CRITERIO 3 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 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

61. La autoridad deberá evaluar los criterios de forma conjunta, a fin de determinar la probabilidad de detección, considerando cuáles de ellos se presentan en mayor medida o resultan relevantes a efectos de dilucidar el nivel de la probabilidad de detección para el análisis de las potenciales infracciones, siendo que estas son variadas y cuentan co características particulares que corresponde evaluar en cada caso.

62. Cabe señalar que en algunas guías de multas y/o documentos de trabajo de otra instituciones se fijan algunos criterios que podrán ser evaluados por los Órgano Resolutivos y las Secretarias Técnicas para determinar la probabilidad de detección qu será asignada en cada caso, como son los siguientes:

- Para determinar la probabilidad de detección prevalecerá la primera acción por la cual se tome conocimiento del acto u omisión que evidencia el incumplimiento ([51]).
- Para determinar la probabilidad de detección se analiza de forma progresiva desde el nivel de detección más bajo la presencia de algún criterio. En caso darse la presencia de alguno corresponde aplicar dicho nivel de detección ([52]).
- Para determinar la probabilidad de detección se considera si la detección se realizó mediante reporte propio de las empresas, mediante reportes y/o denuncias de terceros o mediante supervisión de la autoridad ([53]).

63. Finalmente, los Órganos Resolutivos y las Secretarías Técnicas del Osiptel podrán incorporar criterios adicionales a los presentados para determinar la probabilidad de detección, en función de la complejidad de cada caso, los cuales serán sustentados en la resolución que se emita.

V.1.2 Beneficio Ilícito Actualizado

64. El Beneficio Ilícito (BI) de la infracción permite aproximar el beneficio que habría obtenido o esperaba obtener el infractor, como producto de llevar a cabo la infracción, y podrá ser estimado por los Órganos Resolutivos y las Secretarías Técnicas del Osiptel considerando dos conceptos, que pueden ser aplicados de manera no excluyente y complementaria, como son los costos evitados y/o los ingresos ilícitos, según la infracción evaluada.

65. El análisis conjunto de ambos elementos es consistente con las metodologías para estimar multas publicadas por diferentes instituciones a nivel nacional, como son las siguientes:

- Osinergmin en su Resolución de Consejo Directivo N° 120-2021-OS/CD que aprueba la "*Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base*", señala:

  *"**Artículo 6.- Beneficio económico por incumplimiento (B)***
  *6.1 El beneficio económico por incumplir se obtiene **a través de los conceptos no excluyentes de**: costo evitado, costo postergado o ganancia asociada al incumplimiento (ganancia ilícita) del agente infractor"*. [Resaltado y subrayado agregado].

---

51 Guía de multas de Ositran (disponible en https://bit.ly/3jqq5HN)

52 Documento de Trabajo N° 01-2020/GEE de Indecopi (disponible en https://bit.ly/3n1z7xh), el cual señala lo siguiente:

"Para establecer el nivel del factor p se deberá realizar un análisis progresivo de las características del caso en particular (ver Cuadro 5), partiendo desde el nivel más bajo según se precisa a continuación:

- *En primer lugar, se sugiere evaluar si la práctica infractora presenta alguna de las características asociadas a un nivel bajo y, en caso se observe al menos una de ellas se aplica el valor del factor p asociado con este nivel;*
- *En caso de no encontrarse ninguna de las características de nivel bajo, se prosigue con analizar si se presentan algunas de las características asociadas al nivel medio. De verificarse alguna, corresponde aplicar el valor del factor p asociado con este nivel;*
- *Finalmente, en caso no se presenten ninguna de las características de los niveles previos, se verifica que corresponda a las características del nivel alto aplicando el valor del factor p asociado con este nivel."*

53 Guía metodológica para el cálculo de multas impuestas por la Sunass.

- Sunass en su "*Guía metodológica para el cálculo de multas impuestas por la Sunass*"

  "c.1. Beneficio ilícito: es aquel beneficio obtenido relacionado a haber incumplido la normativa, pudiéndose descomponer en ingreso ilícito, costo evitado y costo postergado"

  ANEXO
  ÚNICO MARCO TEÓRICO DE LA METODOLOGÍA PARA EL CÁLCULO DE MULTAS

  Debe advertirse que el concepto de beneficio ilícito se refiere al beneficio adicional que obtendría un agente por infringir la normativa, ***el cual se puede componer de alguno(s) de los siguientes tres conceptos o de todos ellos:***

  i) ***Ingreso Ilícito****, es el ingreso adicional que obtiene el agente debido a su conducta infractora, el cual genera un beneficio ilícito*

  ii) ***Costo Evitado****, es aquel costo en el que se debió incurrir para cumplir la norma, pero que no se incurrirá y generará un ahorro ilícito en costos; o, en otras palabras, un beneficio ilícito.*

  iii) ***Costo Postergado****, es aquel costo en el que se debió incurrir en un momento determinado para cumplir la norma oportunamente, y en el que se incurre posteriormente. Genera un beneficio ilícito por el valor del dinero en el tiempo"*

- Oefa en su Resolución de Presidencia del Consejo Directivo Nº 035-2013-OEFA/PCD y Anexos: "*Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6º del Decreto Supremo Nº 007-2012-MINAM*":

  "20. Son típicos conceptos que integran el beneficio ilícito:

  a) ***Ingresos ilícitos****: ingresos económicos ilegalmente relacionados al incumplimiento de la normativa ambiental.*

  b) ***Costos evitados****: ahorro obtenido al incumplir las obligaciones ambientales fiscalizables, mediante la no realización o postergación de las inversiones o gastos destinados a prevenir la ocurrencia de daños ambientales durante el lapso de incumplimiento de la normativa ambiental."*

- Osiptel en su "*Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el Osiptel*":

Cuadro N° 34: Graduación de la infracción (Conducta N° 5)

Conducta N° 5		
Artículos 20 y 22 del TUO del Reglamento de Portabilidad (temporizador)		
Componente de enfoque	Nombre del Parámetro	Valor (UIT)
Costo evitado	Mantygest	**3,0**
Ingreso ilícito	Benlin	**0,007**
Respecto del Numeral 25 – Anexo 2 (Artículo 20): **Beneficio ilícito** $= 3{,}0 \times N + 0{,}007 \times C$		
Respecto del Numeral 33 – Anexo 2 (Artículo 22): **Beneficio ilícito** $= 3{,}0 \times N$		
Donde: C = Número de líneas afectadas por consultas previas de portabilidad (artículo 20) que no fueron respondidas dentro del plazo establecido en la normativa. N = Meses en los cuales las consultas previas y las solicitudes de portabilidad fueron respondidas después de transcurrido el plazo establecido.		

Elaboración: OSIPTEL

BI = Costos evitados + Ingresos ilícitos

Cuadro N° 38: Graduación de la infracción (Conducta N° 6)

Conducta N° 6		
Artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso		
Componente de enfoque	Nombre del Parámetro	Valor (UIT)
Costos Evitados	Mantygest	**3,0**
	Conopro	**0,52**
Ingresos Ilícitos	Benlin	**0,007**
Beneficio Ilícito $= (3{,}0 + 0{,}52) \times T + 0{,}007 \times N$		
Donde: T = Meses de infracción por servicio i N = Número de líneas activadas sin correcto procedimiento para registro de datos por servicio i		

Elaboración: OSIPTEL

66. Estos conceptos se describen a continuación:

- **Costos evitados:** Se estima considerando los costos que la empresa infractora no realizó y/o postergó (no son realizados en el plazo correspondiente) y en los cuales ésta habría tenido que incurrir para cumplir con la obligación establecida y no cometer la infracción.

- **Ingresos ilícitos:** Se estima considerando los ingresos que el infractor obtiene indebidamente como consecuencia de desarrollar la conducta infractora.

  La casuística a nivel nacional e internacional ([54]) permite apreciar que mediante este concepto se puede aproximar el ingreso ilícito como i) un porcentaje de los ingresos o ventas del producto afectado por la conducta ilícita, y/o mediante ii) el beneficio económico obtenido de la conducta, entre otras modalidades.

[54] El Tribunal de la Defensa de la Competencia en Chile, en su Sentencia N° 171/2019, publicada el 24 de abr de 2019, estimó el beneficio ilícito como la suma de dos elementos: i) Un porcentaje de las ventas del product afectado por la conducta ilícita, ii) el beneficio económico obtenido de la conducta, entre otras modalidades.

> ***"Ducentésimo vigésimo quinto:*** *Que para el cálculo de la multa se utilizará la misma metodología aplicad en la Sentencia N° 148/2015. Ésta consiste en dividir la multa base en dos componentes: (i) un porcentaj de las ventas comprometidas en las cuentas afectadas por el acuerdo, el cual se asigna a todos lo participantes de éste; y (ii) el beneficio económico obtenido de la conducta, el cual se atribuye sólo a participante que se asignó la cuenta acordada;"*

En relación al primero, el porcentaje a ser utilizado puede ser estimado considerando el margen de ganancia, la tasa de variación de las conexiones, la tasa de variación de precios, el uso de estudios internacionales, entre otras fuentes, según la información disponible. Una expresión matemática de dicha cuantificación utilizada por algunas agencias de competencia es la siguiente:

$$Beneficio\ Ilícito = k_i \times Ingreso\ (o\ ventas)\ afectadas_i$$

$$Donde\ k_i = margen\ de\ ganancias; tasa\ de\ variación\ entre\ otros\ indicadores$$

Así, por ejemplo, el Indecopi, en infracciones por violación de normas relacionadas con no contar con la autorización para prestar el servicio, consideró que el beneficio ilícito corresponde al 100% de los ingresos obtenidos en el período de la conducta infractora ([55])([56]).

Por otro lado, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, en infracciones por reparto de mercado, estableció un valor de 15%, considerando estudios y/o publicaciones donde se estima el porcentaje de ventas comprometidas en situaciones similares ([57]).

En relación al segundo, el beneficio obtenido de la conducta infractora ha sido estimado, en algunas investigaciones sobre carteles de precios, considerando el

---

55 Resolución N° 066-2020/CCD-INDECOPI, mediante la cual se sancionó a la empresa Turismo Civa S.A.C. con 700 UIT, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto establecido en el literal b) del numeral 14.2 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal. La citada resolución señala lo siguiente respecto de los ingresos estimados:

*"De esta manera, **debe tenerse en cuenta que el 100% de los ingresos brutos obtenidos por la prestación del servicio de transporte terrestre en el Terminal Terrestre ubicado en la Av. Panamericana Sur KM 11.30, distrito de San Juan de Miraflores son necesariamente consecuencia directa de la conducta infractora**, dado que, al no contar con la respectiva licencia de funcionamiento para operar en el referido local, la infractora no debía participar en el mercado a través del mismo.*
En ese sentido, la Comisión estima que el beneficio ilícitamente obtenido por Civa equivale a [CONFIDENCIAL] Unidades Impositivas Tributarias ([CONFIDENCIAL]), considerando los ingresos obtenidos por la prestación del servicio de transporte terrestre desarrollado en el terminal de transporte ubicado en la Av. Panamericana Sur KM 11.30, distrito de San Juan de Miraflores, desde el año de 2013 hasta octubre de 2018, mes anterior a la obtención de la licencia de funcionamiento." Resaltado y subrayado propio.

56 Cabe señalar que, en casos anteriores, la Comisión ha considerado que se debe tener en cuenta para calcular el beneficio ilícito el 100% de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada en el servicio de transporte terrestre, ejemplo de ello es la Resolución N° 196-2018/CCDINDECOPI de fecha 14 de noviembre de 201 confirmada por Resolución N° 127-2019/SDC-INDECOPI emitida por la Sala con fecha 4 de julio de 2019.

57 Sentencia N° 171/2019 del 24 de abril de 2019, mediante la cual se señala lo siguiente:

***"Ducentésimo vigésimo sexto:** Que, siguiendo dicha metodología y atendida la gravedad de la conducta se aplicará un 15% de las ventas comprometidas por los acuerdos acreditados en este proceso a cad participante. La gravedad de la conducta deriva del hecho de que, tal como este Tribunal lo ha señalado e múltiples oportunidades, la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia, por cuant no sólo suprime la rivalidad entre los competidores miembros del cartel, incrementando las ganancias d los oferentes y disminuyendo el beneficio de los demandantes, sino también porque subvierte el uso d proceso competitivo como mecanismo de vigilancia de las actividades en un mercado, asegurando ventaja competitivas a ciertos participantes (de las licitaciones en este caso) que de otro modo no tendrían si no fuera por la colusión existente (véase Marshall, Robert C. y Marx, Leslie M., The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings, The MIT Press, 2012);"* Resaltado y subrayado propio.

sobreprecio observado en el mercado respecto del precio competitivo. Una expresión matemática de dicha cuantificación, utilizada por algunas agencias de competencia, es la siguiente:

$$\text{Beneficio económico} = \left(\frac{\text{SP}}{1+\text{SP}}\right) \times \text{P}_\text{c} \times \text{Q}$$

67. Siendo que ambos conceptos son parte del beneficio ilícito, los Órganos Resolutivos y las Secretarías Técnicas evaluarán, según la información y conducta investigada, el uso conjunto o individual de dichos conceptos para la estimación de la multa, procurando que esta logre disuadir las potenciales conductas infractoras, no resultando rentable para los administrados el desarrollo de las conductas ilícitas.

68. A fin de discernir entre ambos conceptos, los Órganos Resolutivos y las Secretarías Técnicas podrán evaluar si la conducta ilícita tiene mayor preponderancia de un efecto en costos (por ejemplo, un potencial acuerdo colusorio entre empresas, a fin de no realizar inversiones o gastos para el cumplimiento de una normativa sectorial o nacional con efecto sobre una determinada variable de competencia), o si, por el contrario, hay una mayor preponderancia de un efecto en ingresos (por ejemplo, un potencial acuerdo colusorio entre empresas a fin incrementar las tarifas o repartirse el mercado), o una presencia conjunta de ambos conceptos. Para ello podrán utilizar como referencia la casuística histórica de otras agencias de competencia para identificar el concepto aplicado para estimar la multa, el análisis de la información remitida por la empresa, la naturaleza de la conducta infractora, información de estudios publicados por la academia o por organismos internacionales, entre otros elementos que serán sustentados en cada caso.

69. Cabe señalar que el beneficio ilícito será estimado considerando la información disponible y/o remitida por los administrados durante el procedimiento sancionador. En caso no se cuente con información de los administrados, los Órganos Resolutivos y las Secretarías Técnicas podrán utilizar información de estudios publicados por la academia o por organismos internacionales, emplear la información pública de empresas competidoras u otra fuente de información, lo cual será sustentado en cada caso.

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

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

71. La variable “m” representa los meses de duración de la infracción, los cuales van desd “m” (fecha imputada como inicio de la infracción) hasta “M” (fecha imputada como fin d la infracción ([58])).

72. La variable “t”, expresada en meses, representa el período de actualización del benefici

[58] La cual no necesariamente implica que la infracción haya cesado.

ilícito, la cual se estima desde la fecha en que la empresa operadora comete la conducta infractora hasta la fecha en que se realiza la graduación de la multa. Esta variable permite internalizar la rentabilidad que puede obtener una empresa como consecuencia del desfase entre el período de comisión de la infracción y el período de graduación de la multa.

73. 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).

74. Al respecto, las infracciones a las normas de libre y leal competencia permiten a los agentes económicos obtener recursos de forma ilícita (beneficio ilícito), los cuales están disponibles para otras actividades alternativas que incrementan el flujo de caja del infractor ([59]) permitiéndole mejorar su rentabilidad de forma ilícita.

75. La tasa WACC representa la rentabilidad promedio que requiere un inversionista como mínimo para invertir en el sector o empresa, y es utilizada para hacer descuentos del flujo de caja.

76. 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, alquiler de viviendas, salud, cultura, entre otros. 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.

77. 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.

78. Al respecto, 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° 12: 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/3noZcqg ([60])
Oefa	Sí	https://bit.ly/3mG6G4P ([61])

[59] Definición establecida en la "Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base a cargo de Osinergmin aprobada por Resolución N° 120-2021-OS/CD. Disponible en: Https://Bit.Ly/3nozcqg

[60] Ver artículo 3.6 de la página 3 del citado documento.

[61] Ver tabla 4 de la página 19 del Anexo III: Manual Explicativo de la guía de multas de Oefa.

Institución	¿Utiliza tasa WACC como tasa de actualización?	Referencia
Ositran	Sí	https://bit.ly/3jqq5HN ([62])
Sunass	Sí	https://bit.ly/3iYM5Jf ([63])
Osiptel	Sí	https://bit.ly/3ymnpSb ([64])

Elaboración: STSC - Osiptel

79. Adicionalmente, la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL que aprobó la "*Metodología de cálculo para la determinación de multas, atenuantes y agravantes, en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el Osiptel",* señala lo siguiente respecto del uso de la tasa WACC (p. 36):

> *"Para los casos de las infracciones cuyas* ***multas sean estimadas mediante el enfoque de beneficio ilícito se empleará un factor de actualización*** *considerando el último valor disponible de tasa de costo promedio ponderado de capital (****WACC****) calculado por el Osiptel, el mismo que de acuerdo al Informe N° 00161-DPRC/2021 se encuentra en un nivel de 6,46% para el mercado de telecomunicaciones en el Perú."* [Resaltado agregado].

80. La misma resolución señaló en su matriz de comentarios lo siguiente respecto de la relación de la tasa WACC con el desfase existente entre la comisión de la infracción y la fecha de graduación de la multa (p. 17):

> *"Conforme a la literatura económica, el valor del dinero en el tiempo puede ser calculado para nuestros fines a través del WACC del sector (para las multas que se estimen mediante el enfoque de beneficio ilícito) o por la tasa social de descuento (para las multas que se estimen por el enfoque de daño causado). De no considerarse un factor de actualización, las multas estimadas por el Osiptel en un momento posterior serían iguales al beneficio ilícito o daño causado generado por la conducta infractora realizada en un momento anterior, lo que generaría incentivos perversos a las empresas operadoras para cometer infracciones, por ejemplo, postergando inversiones o retrasando las devoluciones de dinero."*

81. En virtud de lo anterior, en la presente Metodología se considera pertinente utilizar la tasa WACC como factor de actualización, para lo cual se empleará el último valor disponible calculado por el Osiptel, el mismo que de acuerdo al Informe N° 00145-DPRC/2022 se encuentra en un nivel de 8,38% para el mercado de telecomunicaciones en el Perú.

62 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 defin una tasa de descuento apropiada que refleje el costo de oportunidad del capital." (subrayado propio).

63 Ver nota a pie de página 8 de la pág. 12 de la citada Guía de Multas de Sunass, la cual señala lo siguiente:
"La tasa de descuento mensual se obtiene a partir del WACC de la EPS calculada en su estudio tarifari vigente".

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

82. Cabe señalar que 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.

V.2 FASE II: AJUSTE CONSIDERANDO AGRAVANTES Y ATENUANTES

83. 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:

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

Donde:

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

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

84. 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 articulo 53 la LRCD, así como en el numeral 3 del artículo 248 de la LPAG ([65]).

V.2.1 Factores agravantes

85. 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 qu sancionó la primera infracción ([66]). En el numeral 46.4 del artículo 46 de la LRCA y e numeral 52.3 del artículo 52 de la LRCD se considera a la reincidencia como un circunstancia agravante para la graduación de sanciones por infracciones de libre

[65] Adicionalmente, se han tomado como referencia los agravantes y atenuantes incluidos en la Tabla II del Anex 2 del Documento de Trabajo N° 01-2020/GEE *"Propuesta metodológica para el cálculo de multas en Indecopi"*, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi. mayo 2020.

[66] Conforme al literal e) del numeral 3 del artículo 248 de la LPAG.

leal competencia, respectivamente, cuya sanción aplicable no debe ser menor que la sanción precedente.

Asimismo, para el Osiptel, 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 ([67]).

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 un factor agravante en la comisión de conductas desleales, conforme al literal h) del artículo 53 de la LRCD, que implica la comisión recurrente de infracciones a la LRCD, cualquiera sea el tipo infractor o, también, por la comisión reiterada de infracciones del mismo tipo infractor ([68]).

  Al respecto, la reiteración como factor agravante ha sido aplicada en diversas resoluciones por los Cuerpos Colegiados del Osiptel ([69]) y por el Indecopi ([70]). 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.

  Para la aplicación de la presente metodología, ante la primera infracción reiterada, la "Multa Base" se incrementará en 10% y, a partir de la segunda infracción reiterada, se incrementará 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 ([71]), 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 bajo el

67 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. Nº 00094-2021-GG-DFI/PAS.

68 Al respecto, cuando se indica "cualquiera sea el tipo infractor" se hace referencia a todos los tipos infractores contenidos en la LRCD, cuya investigación y sanción sean de competencia del Osiptel. Por ejemplo, si el presunto infractor realizó actos de engaño y, posteriormente, actos de violación de normas. Asimismo, cuand se indica "la comisión reiterada de infracciones del mismo tipo infractor" se hace referencia a cuando el presunt infractor comete de forma recurrente una misma infracción, como, por ejemplo, actos de violación de normas

69 En la Resolución N° 068-2021-CCP/OSIPTEL (Exp. N° 005-2021-CCP/OSIPTEL) y en la Resolución N° 004 2017-CCP/OSIPTEL (Exp. N° 004-2016-CCO-ST/CD).

70 Resoluciones N° 3146-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010, N° 1739-2013/SDC-INDECOPI d 29 de octubre de 2013, N° 0626-2014/SDC-INDECOPI del 22 de julio de 2014, N° 0785-2014/SDC-INDECOI del 4 de noviembre de 2014, N° 0626-2014/SDC-INDECOPI del 22 de julio de 2014 y N° 0154-2018/SDC INDECOPI del 17 de julio de 2018.

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

marco de la LRCA.

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" se incrementará en 20% ([72]).

- **Otros 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%.

86. 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° 13: 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	
Otros particulares a la conducta (x_4)	Hasta 30%	X	X

Elaboración: STSC – Osiptel

V.2.2 Factores atenuantes

87. 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.

88. Antes de desarrollar los factores atenuantes que serán aplicados en los procedimiento sancionadores por infracciones a la libre y leal competencia en el mercado de servicio públicos de telecomunicaciones, es importante mencionar que la presente guía n incluirá el desarrollo de los beneficios de exoneración o reducción de sanción otorgado a través del programa de clemencia, cuyas reglas, plazos, condiciones y restriccione se regulan en la Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, aprobad por Resolución de Consejo Directivo N° 143-2020-CD/OSIPTEL.

[72] A modo de referencia, en la Resolución N° 018-2020-CCP/OSIPTEL, de fecha 31 de julio de 2020, el Cuerpo Colegiado Permanente del Osiptel decidió incrementar en 20% la Multa Base, considerando la conducta procesal del administrado.

89. 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.

90. Los factores atenuantes que serán considerados para reducir la multa por infracciones de libre y leal competencia son los siguientes:

- **Reconocimiento (y_1):** 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 de la primera instancia administrativa ([73]).

  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 de procedimiento sancionador o a través de la impugnación.

[73] Al respecto, si bien en el marco de la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en lo procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el Osiptel, aprobada por Resolución N° 22 2021-CD/OSIPTEL, se han considerado dos (2) momentos para la evaluación de la aplicación del fact atenuante de reconocimiento de responsabilidad, cada uno con un valor de ponderación diferente, se deb tener en cuenta que la presente Guía de multas abarca infracciones de naturaleza distinta a la referid Metodología (relacionadas a la libre y desleal competencia), por lo que, al contar con un marco normativ especifico, se ha considerado conveniente adoptar tres (3) momentos para la evaluación de las multas referidas a competencia desleal.

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 ([74]).

- **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%.

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

Cuadro N° 14: Factores atenuantes aplicables

ATENUANTES	REDUCCIÓN PORCENTUAL	APLICA EN INFRACCIONES SOBRE:	
		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

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

92. 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:

[74] Este criterio también ha sido recogido por el Osiptel en otros procedimientos sancionadores (cfr. la Resolución Nº 00167-2021-CD/OSIPTEL emitida en el Exp. Nº 060-2020-GG-GSF/PAS, así como la Resolución Nº 148-2021-CD/OSIPTEL emitida en el Exp. Nº 0111-2019-GG-GSF/PAS).

Cuadro N° 15: 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).

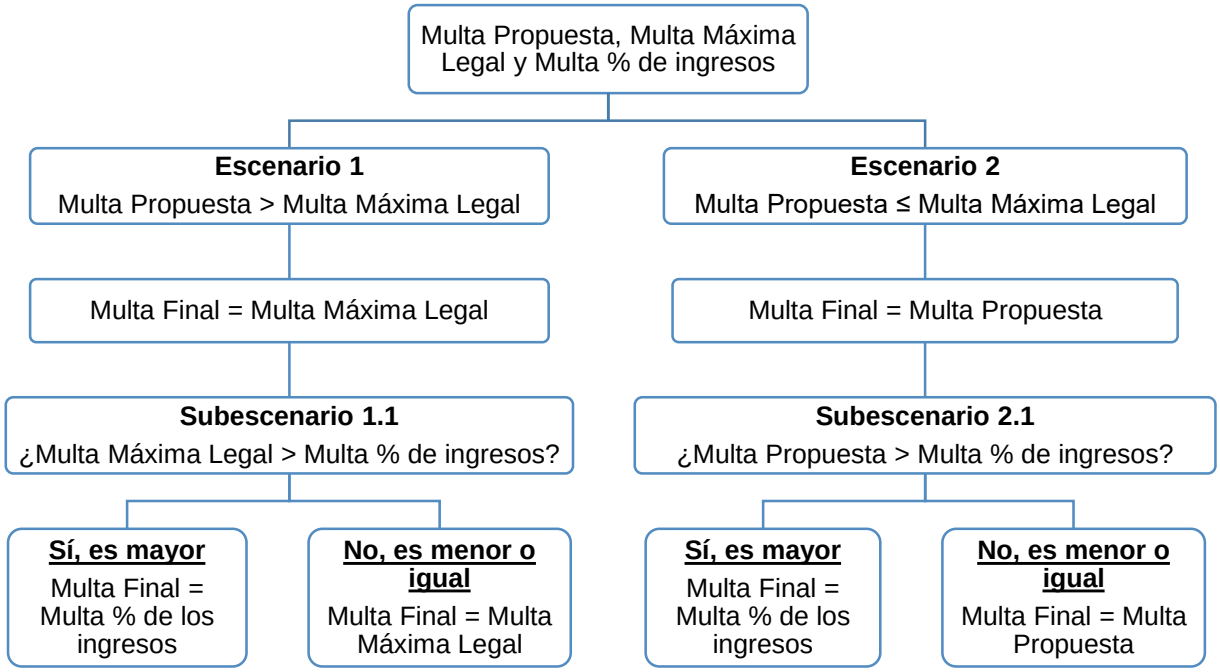
(**) Porcentaje de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución sancionadora.

93. Conforme 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 ([75]).

94. 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.

[75] 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.

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