

Documento de Trabajo N° 01-2012/GEE

Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi

Gerencia de Estudios Económicos
Agosto, 2012



PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA DETERMINACIÓN DE MULTAS EN EL INDECOPI

Documento de Trabajo elaborado por:
Santiago Dávila Philippon – Gerente
Melina Caldas Cabrera – Ejecutivo 1

Indecopi – Gerencia de Estudios Económicos
Calle de la Prosa 104, San Borja, Lima, Perú.
Teléfono: (51-1) 2247800, anexo 1385.
Website: <http://www.indecopi.gob.pe/>

Agradecemos los valiosos comentarios a versiones preliminares de este documento remitidos por las Salas, Comisiones, Direcciones y Gerencias del Indecopi.

Los Documentos de Trabajo se enmarcan dentro del rol y funciones asignadas a la Gerencia de Estudios Económicos mediante D.S. N° 09-2009-PCM. Se trata de documentos que se encuentran en preparación y, en tal sentido, la reproducción de sus contenidos no está permitida.

Las opiniones vertidas en el presente documento son responsabilidad de sus autores y no comprometen necesariamente la posición de la Alta Dirección y/o de los Órganos Resolutivos del Indecopi.

Los comentarios o sugerencias pueden ser remitidos al correo electrónico: sdavilap@indecopi.gob.pe.



CONTENIDO

Introducción	3
1. Diagnóstico	4
1.1. ¿Qué criterios establece la legislación vigente para el establecimiento de sanciones?	4
1.2. ¿Cómo han aplicado los órganos resolutivos del Indecopi los criterios de imposición de sanciones indicados en la legislación?	9
1.2.1. Uso del beneficio ilícito o daño	10
1.2.2. Uso de la probabilidad de detección	11
1.2.3. Incorporación de atenuantes y agravantes	12
2. Propuesta	15
2.1. ¿Cómo estimar el beneficio ilícito?	16
2.2. ¿Cómo estimar la probabilidad de detección y sanción?	18
2.3. ¿Cómo considerar los factores atenuantes y agravantes?	22
2.4. ¿Qué criterio se debe seguir si la multa supera el límite legal?	24
Conclusiones	25
Referencias bibliográficas	27
Anexos	30
Anexo 1: Algunas técnicas propuestas para cuantificar el beneficio ilícito	31
Anexo 2: Límites máximos establecidos en la legislación del Indecopi	35
Anexo 3: Ejemplos de cálculo de multas siguiendo la metodología propuesta	37

INTRODUCCIÓN

Las multas son una herramienta de suma importancia para la corrección de conductas ilícitas que atentan contra la libre y leal competencia, los derechos de consumidores y la propiedad intelectual. Las labores de prevención y fiscalización por sí solas no son suficientes ni efectivas, si es que una vez detectada y comprobada la infracción por parte de la autoridad, las multas no son adecuadamente calculadas y efectivamente cobradas.

En este sentido, el principal objetivo que debe buscar la autoridad con la imposición de una multa es disuadir la realización de conductas ilícitas, lo que se logra calibrando la multa de forma que no resulte más rentable o beneficioso para el infractor realizar la infracción y pagar la multa, que no realizar la infracción. La Ley de Procedimiento Administrativo General señala esto mismo cuando, refiriéndose al principio de razonabilidad indica que:

“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 (...)”¹

El presente documento tiene por objetivo revisar la forma en que se vienen imponiendo multas en Indecopi y proponer, a la luz de la teoría económica, criterios para el establecimiento de multas que cumplan de manera efectiva con el principio de razonabilidad, y a la vez, que dichos criterios sean de aplicabilidad para todos los órganos resolutivos del Indecopi, de acuerdo con la normatividad vigente en cada uno de sus ámbitos de competencia.

Tomando en cuenta lo anterior, el documento ha sido estructurado en dos capítulos. En el primer capítulo se revisa la manera en que los diversos órganos resolutivos del Indecopi determinan el valor de las multas que imponen, considerando los criterios establecidos en sus respectivos marcos legales. En el segundo capítulo se propone una metodología para la determinación de las multas en el Indecopi basada en la teoría económica, pero que respeta las particularidades del marco legal en el que opera cada órgano resolutivo del Indecopi. Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones del estudio.

¹ Numeral 3 del artículo 230º de la Ley 27444. Numeral modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029, publicado el 24 de junio de 2008.

1. DIAGNÓSTICO

Los órganos resolutivos del Indecopi establecen multas siguiendo los criterios establecidos en sus respectivos marcos legales, así como en el Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi², y aplicando de manera supletoria lo dispuesto en la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG)³.

Si bien la legislación enuncia los criterios para el establecimiento de multas, esta no especifica la forma en que dichos criterios deben calcularse y aplicarse en la práctica. Como consecuencia de ello, se observa que algunos órganos resolutivos han desarrollado metodologías propias para el establecimiento de sanciones, que en algunos casos implican un nivel de rigurosidad analítica muy superior al aplicado en otros órganos resolutivos. Como resultado de lo anterior, existe un amplio margen de discrecionalidad en los órganos resolutivos respecto al establecimiento de multas, lo cual puede conllevar a que estas no sean disuasivas de las conductas ilícitas.

1.1. ¿Qué criterios establece la legislación vigente para el establecimiento de sanciones?

El marco legal establece los criterios que deben tenerse en cuenta al momento de determinar la gravedad de las infracciones y graduar las sanciones correspondientes. De manera general, el artículo 230º de la LPAG, establece como uno de los principios de la potestad sancionadora, el denominado principio de razonabilidad. Según este principio:

“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 deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.*
- b) El perjuicio económico causado.*
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.*
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción.*

² **Artículo 2º. Funciones del Indecopi**

(...)

2.2. Para el cumplimiento de sus funciones, el Indecopi se encuentra facultado para emitir directivas con efectos generales, supervisar y fiscalizar actividades económicas, imponer sanciones, ordenar medidas preventivas y cautelares, dictar mandatos y medidas correctivas, resolver controversias, así como las demás potestades previstas en la presente Ley.”

³ El segundo capítulo de la LPAG contiene disposiciones referidas a la facultad para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados. De acuerdo al artículo 229.2º, dichas disposiciones se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales; no obstante, dichos procedimientos no pueden imponer a los administrados condiciones menos favorables que las previstas en la LPAG.

- e) *El beneficio ilegalmente obtenido.*
- f) *La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.”*

El principio de razonabilidad recogido en la LPAG, en realidad, encierra dos principios. Por un lado, está el principio de disuasión, que sugiere que la sanción debe ser tal que no resulte más beneficio para el infractor pagar la multa y cometer la infracción que no cometer la infracción en primer lugar. Y por otro lado, se encuentra el principio de proporcionalidad, que sugiere realizar un análisis holístico de la infracción a fin de determinar la sanción. En dicho análisis, debe tomarse en cuenta la gravedad del daño causado a la sociedad, el perjuicio económico, la repetición de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilícito y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Los criterios de la LPAG son aplicados por la **Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB)** en la determinación de la gravedad y la graduación de las sanciones y multas que impone al funcionario o los funcionarios de entidades de la Administración Pública⁴ que imponen barreras burocráticas que impiden u obstaculizan ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado.

En el caso de la **Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD)**, en el artículo 53º del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, se especifica que la Comisión podrá tener en consideración los siguientes criterios para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes:

1. El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
2. La probabilidad de detección de la infracción;
3. La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal,
4. La dimensión del mercado afectado;
5. La cuota de mercado del infractor;
6. 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;
7. La duración en el tiempo del acto de competencia desleal, y
8. La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

En el artículo 127º de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, se establece que para graduar la cuantía de las multas a imponer, la **Comisión de Procedimientos Concursales (CCO)** deberá tener en consideración:

1. La intencionalidad;
2. El perjuicio causado;
3. Las circunstancias agravantes o atenuantes en la comisión de la infracción, y
4. La reincidencia.

⁴ Incluso del ámbito municipal o regional.



En el caso de la **Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC)**, en el artículo 44º del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se señala que para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes en los casos de abuso de posición de dominio, prácticas colusorias horizontales y prácticas colusorias verticales se tendrá en consideración, entre otros, los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
2. La probabilidad de detección de la infracción;
3. La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
4. La dimensión del mercado afectado;
5. La cuota de mercado del infractor;
6. 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;
7. La duración de la restricción de la competencia;
8. La reincidencia de las conductas prohibidas, y
9. La actuación procesal de la parte.

Cabe precisar que el marco regulatorio que rige a la CLC también incluye a la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, en la cual no se especifican criterios para la determinación de la gravedad y la graduación de las sanciones a las conductas infractoras por lo que se consideran, de manera supletoria, los criterios definidos en la LPAG.

Tanto la **Comisión de Protección del Consumidor (CPC)** como los **Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos (OPS)** consideran lo señalado en el artículo 112º de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al graduar las sanciones en los casos de infracciones contra las normas de protección al consumidor. Según el mencionado artículo, se puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción;
2. La probabilidad de detección de la infracción;
3. El daño resultante de la infracción;
4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado;
5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, y
6. Otros criterios que se consideren necesarios adoptar según el caso.

En el caso de la graduación de sanciones en actos que van en contra de los derechos de autor y derechos conexos, la **Dirección de Derechos de Autor (DDA)** toma en cuenta los criterios establecidos en el artículo 186º del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor:

1. La gravedad de la falta;
2. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento;
3. El perjuicio económico que hubiese causado la infracción,
4. El provecho ilícito obtenido por el infractor; y,

5. Otros criterios dependiendo de cada caso particular.

Finalmente, la **Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías (DIN)** y la **Dirección de Signos Distintivos (DSD)** consideran lo señalado en el artículo 121º del Decreto Legislativo 1075, Aprueba las Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para determinar la sanción a aplicar. Según el mencionado artículo, la autoridad tendrá en consideración, entre otros, los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito real o potencial de la comisión de la infracción;
2. La probabilidad de detección de la infracción;
3. La modalidad y el alcance del acto infractor;
4. Los efectos del acto infractor;
5. La duración en el tiempo del acto infractor;
6. La reincidencia en la comisión de un acto infractor; y,
7. La mala fe en la comisión del acto infractor.

Del análisis de la información anterior se deriva que la legislación que rige las actividades de los órganos resolutivos que conforman el Indecopi considera diversos criterios para la graduación de sanciones, siendo algunos de ellos comunes a las diferentes áreas. Por ejemplo, casi la totalidad de los órganos resolutivos considera una estimación del beneficio ilícito asociado a la conducta infractora (ya sea beneficio ilícito esperado o beneficio ilícito obtenido) para la graduación de la sanción a ser impuesta. Asimismo, la mayoría considera si el infractor es reincidente o no en la conducta analizada e incorpora alguna estimación de la probabilidad de detección de la conducta y de su efecto sobre los competidores, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores.

El Cuadro 1 presenta un resumen de los criterios considerados en la legislación para la determinación de las multas a ser impuestas por cada órgano resolutivo del Indecopi, ordenados de acuerdo al número de veces en que dichos criterios son citados en la legislación.



Cuadro 1
CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE SANCIONES, SEGÚN ÓRGANO RESOLUTIVO

CRITERIO	CCD	CCO	CEB	CLC		CPC	DDA	DIN	DSD
	DL 1044	Ley 27809	Ley 27444	DL 1034	Ley 26876	Ley 29571	DL 822	DL 1075	DL 1075
Beneficio ilícito	X		X	X	X	X	X	X	X
Reincidencia	X	X	X	X	X			X	X
Probabilidad de detección	X			X		X		X	X
Efecto sobre competidores, otros agentes y consumidores	X			X		X		X	X
Intencionalidad de la conducta		X	X		X			X	X
Modalidad y alcance de la conducta	X			X				X	X
Duración del acto infractor	X			X				X	X
Perjuicio económico causado		X	X		X		X		
Gravedad del daño ocasionado			X		X	X			
Actuación procesal de la parte				X			X		
Otras circunstancias (no especificadas) ^{1/}		X				X	X		
Dimensión del mercado afectado	X			X					
Cuota de mercado del infractor	X			X					
Circunstancias de la comisión de la infracción			X		X				
Naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores						X			
Gravedad del acto ilícito							X		

1/ Cabe precisar que en el caso de la CPC, la Ley 29571 incorpora como criterio para graduar las sanciones "Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar" y, adicionalmente, lista las circunstancias consideradas agravantes y atenuantes de las sanciones.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Si bien la legislación de cada órgano del Indecopi enuncia los criterios que deben ser tomados en cuenta para la graduación de sanciones, no especifica la manera en que dichos criterios deben ser incorporados por la autoridad en el cálculo de la sanción. Por ejemplo, no se establece si la autoridad debe basar la multa en todos o solo en alguno de los criterios sugeridos. Si fuera el caso que se toman todos o algunos de los criterios, tampoco se establece la forma o fórmula en que dichos criterios deben ser considerados en conjunto para la determinación de la multa. Tampoco se indica cómo se deben cuantificar (valorizar o monetizar) criterios como el beneficio ilícito, daño o probabilidad de detección.

Esta situación ha generado una alta dispersión en la forma en que cada órgano resolutorio incorpora los criterios citados en la legislación al momento de graduar las sanciones que impone. Lo anterior se ve reflejado, a su vez, en la ausencia de predictibilidad en las decisiones de la autoridad y en un riesgo de que las sanciones impuestas no disuadan a los infractores de cometer prácticas que atentan contra la normativa vigente.

1.2. ¿Cómo han aplicado los órganos resolutorios del Indecopi los criterios de imposición de sanciones indicados en la legislación?

Tal como se mencionó anteriormente, la legislación vigente lista una serie de criterios que los órganos resolutorios del Indecopi pueden tomar en cuenta para la graduación de multas, pero no determina la forma en que ellos deben ser calculados y combinados para la determinación de la sanción. Como resultado, se verifica que existe una alta dispersión en la metodología utilizada por los distintos órganos resolutorios en el establecimiento de multas, lo cual ha sido contrastado con la revisión de las resoluciones emitidas por la institución en los últimos años.⁵

Un problema adicional es que las metodologías desarrolladas por los órganos resolutorios del Indecopi, si bien se mencionan en las resoluciones de cada instancia, no están recogidas en un lineamiento general, por lo que en la práctica no resultan de obligatorio cumplimiento. En consecuencia, dependiendo del caso en particular, la metodología empleada puede cambiar sin expresión de causa.

Por ejemplo, para el cálculo de sanciones, la CPC basa la multa en el cálculo del daño; la CLC, en cambio, define primero el beneficio ilícito esperado, y la DSD parte del cálculo del potencial provecho ilícito. Asimismo, la incorporación de la probabilidad de detección como criterio para graduar la multa no es generalizada y el tratamiento de las circunstancias agravantes y atenuantes tampoco es uniforme. A continuación se revisa la forma en que se vienen tratando los criterios de beneficio ilícito, daño, probabilidad de detección y los factores atenuantes o agravantes.

⁵ Para la preparación del presente documento de trabajo, el equipo de la Gerencia de Estudios Económicos se reunió con representantes de cada órgano resolutorio de la institución, quienes respondieron una encuesta y remitieron resoluciones que, en su consideración, ejemplifican la manera en que se determinan las sanciones en sus respectivas áreas.

1.2.1. Uso del beneficio ilícito o daño

El beneficio ilícito es el criterio más ampliamente citado en la legislación que rige el accionar de los órganos resolutivos del Indecopi. No obstante, la forma en que el beneficio ilícito es calculado e incorporado en la determinación de las multas no es uniforme. Además, en algunos casos, el beneficio ilícito no es estimado cuantitativamente, sino de manera cualitativa, sobre la base de la información que remiten las partes o que ha sido recolectada por la autoridad a lo largo del procedimiento, siendo uno de los principales problemas que la información que remiten las partes o que obtiene la autoridad está orientada a la demostrar o no la ilegalidad del acto infractor, mas no a la estimación de la multa.

La CLC, por ejemplo, inicia su cálculo de multas definiendo el **beneficio ilícito esperado** como el beneficio extraordinario que el infractor espera al realizar la conducta ilícita. Y, en caso que no fuera posible calcular el beneficio ilícito esperado, calcula el beneficio ilícito efectivamente obtenido a partir de la infracción.

La DDA incorpora en su definición de beneficio ilícito no solo el beneficio directamente asociado a la infracción, sino también los beneficios derivados de la explotación posterior de lo obtenido gracias a la comisión de la conducta infractora.

Por su parte, la DSD determina el valor de la multa a través del cálculo del **potencial beneficio ilícito** del infractor que falsifica una mercadería. Dicho valor es establecido como el 10% del valor del producto original en el mercado. Además, en caso el producto falsificado haya sido comercializado en el mercado antes de detectarse la infracción, el resultado anterior es triplicado.

La SPI, en cambio, toma como base del cálculo de sus multas el valor del **provecho ilícito** obtenido a partir de la comisión de la infracción, el cual es calculado como el producto de la cantidad de mercadería incautada y el precio de un producto falsificado. Dicho valor puede luego ser incrementado con la inclusión de criterios como el mercado afectado, la conducta del infractor, entre otros.

Finalmente, algunas Comisiones no incorporan directamente en la determinación de multas al beneficio ilícito que se deriva de la infracción, sino a alguna forma de **daño** causado por la infracción. Así, para el cálculo de sus multas, la CCO determina el daño efectivamente causado a la masa de acreedores (dicho monto es denominado en sus resoluciones “beneficio ilícito obtenido”).⁶

La CPC considera como punto de partida para la determinación de las multas a imponer el daño causado por la conducta infractora en los consumidores. La CEB también utiliza el daño como criterio para graduar multas. En este caso, el daño es determinado a partir de la cantidad de agentes económicos que fueron afectados por barreras burocráticas que impidieron u obstaculizaron ilegal o irracionalmente su

⁶ Ver, por ejemplo, las Resoluciones N° 0345-2010/ILN-CCO y N° 025-2010/ILN-CCO.

acceso o permanencia en el mercado, sin tomar en consideración cuánto se les dañó en términos económicos.

Cabe precisar que a partir de la revisión de resoluciones remitidas por los órganos resolutorios a esta Gerencia se pudo constatar que, en muchos casos, la cuantificación (monetización) del beneficio ilícito o daño sobre el que se basa la determinación de la multa no fue posible debido a que la información contenida en los expedientes no lo permitía. En tales casos se observa que los órganos resolutorios han optado por determinar el valor de la sanción realizando un análisis cualitativo de los demás criterios establecidos en la legislación, o en algunos casos tomando como referencia otros criterios como el “tamaño” de la empresa infractora. Asimismo, en algunos casos la sanción es determinada haciendo referencia a casos anteriores, sin que sea evidente que en dichos casos el criterio empleado fue adecuadamente medurado.

Lo anterior no implica que no se pueda o no se deba hacer el esfuerzo por cuantificar el beneficio ilícito, el daño o la probabilidad de detección. Lo que ocurre en la práctica es que el análisis se concentra en la determinación y valoración de las pruebas de la infracción, descuidando la obtención y actuación de las evidencias mínimas necesarias para la cuantificación apropiada de las multas. Considerando los plazos perentorios de resolución, para cuando llega el momento de discutir y emitir la resolución final, la autoridad cuenta con limitados elementos de juicio para la calibración de la multa. Esto conlleva a que la autoridad deba privilegiar la aplicación de un análisis cualitativo antes que cuantitativo, o la incorporación de otros criterios *ad hoc* para el establecimiento de multas, cuando el marco legal lo permite.

La solución parte entonces porque las Secretarías Técnicas incorporen desde un inicio en el análisis de los casos, estrategias para la obtención de la información necesaria para cuantificación del beneficio ilícito resultante de la infracción.

1.2.2. Uso de la probabilidad de detección

La incorporación del criterio “probabilidad de detección” tampoco es generalizada entre los órganos resolutorios del Indecopi, a pesar que es uno de los criterios que más se repite en las legislaciones del Indecopi. En efecto, la DSD y la SPI no incorporan este criterio en la determinación de las multas que imponen, pese a que el marco legal así lo permite. Y, en aquellos casos en que sí es considerado, su inclusión en el cálculo de la sanción no es uniforme. En efecto, en algunos casos, los órganos resolutorios realizan una cuantificación de dicha probabilidad, mientras que en otros este criterio se incorpora como factor agravante o atenuante de una multa base.

La CLC, por ejemplo, calcula el valor de la probabilidad de detección y lo usa para dividir el beneficio ilícito esperado (u obtenido), con lo cual determina una multa base. Sobre ella inciden los criterios atenuantes (reduciéndola) y los criterios agravantes

(incrementándola). La DIN, en cambio, utiliza la probabilidad de detección como un criterio que atenúa o agrava la sanción a imponerse.⁷

Como se discute en la sección 2.2 la incorporación de la probabilidad de detección es un aspecto fundamental para el logro de la disuasión efectiva de las infracciones detectadas. Al incorporar explícitamente la probabilidad de detección en el cálculo de la multa se reconoce que, por diversas circunstancias, no es posible que la autoridad detecte y sancione todas las infracciones que se comenten. A la vez, es una importante señal a los potenciales infractores, acerca de lo gravoso que podría resultar “jugar” con la posibilidad de no ser detectado, toda vez que dicha probabilidad sí está siendo considerada al momento de la determinación de la multa.

1.2.3. Incorporación de atenuantes y agravantes

El proceso de incorporación de circunstancias agravantes y atenuantes en la determinación de sanciones también es particular a cada órgano resolutorio y al respecto consideramos importante resaltar dos aspectos: (i) el tratamiento de la reincidencia como agravante y (ii) los efectos de las circunstancias atenuantes.

Con relación a la **reincidencia** cabe mencionar que en todos los casos esta circunstancia es considerada un agravante de la sanción impuesta anteriormente, de manera que un infractor reincidente recibirá siempre una multa superior a la precedente. En el caso de algunos órganos resolutorios, se ha adoptado la práctica de imponer una multa al reincidente igual al doble de la multa previamente impuesta.

Asimismo, el tratamiento de las **circunstancias atenuantes** suele variar dependiendo del órgano funcional del que se trate. Por ejemplo, mientras que en algunos casos el hecho que el infractor presente una buena conducta procesal (cesa la conducta infractora con el inicio del procedimiento, presenta toda la información solicitada por la autoridad, tiene voluntad de conciliación, etc.) es considerado un criterio para disminuir la multa base; en otros se considera que dicho comportamiento es el esperado de cualquier agente que es parte de un procedimiento administrativo, por lo que no es considerado un atenuante de la sanción a imponerse.

La definición de lo que constituye un atenuante o agravante es específica a la legislación de cada órgano resolutorio y el análisis de la extensión en la que un atenuante o agravante puede reducir o incrementar la multa es fundamentalmente cualitativo. La sección 2.3 propone una forma de incorporar los atenuantes y agravantes en el cálculo de multas.

⁷ Por ejemplo, en la Resolución N° 000002-2010/CIN-INDECOPI, referida a una falta contra una patente de modelo de utilidad, se calculó que el beneficio ilícito realizado por el infractor ascendía a S/ 64 206,00 pero la multa finalmente impuesta fue menor a dicho valor debido a que se tomaron en consideración diversos criterios atenuantes, entre los cuales resalta el hecho que se consideró que la probabilidad de detección de la infracción era alta.

En resumen, a partir de la revisión de las resoluciones de los distintos órganos resolutorios de la institución es posible constatar que el nivel de profundización en el análisis de los criterios considerados en la legislación no es uniforme. De esta manera, mientras que en algunos casos la determinación de la multa considera una estimación cuantitativa de los criterios citados en la ley, en la mayoría de casos se trata de un análisis de carácter cualitativo.

En aquellos casos en los cuales el enfoque de determinación de las multas es de carácter cuantitativo, se observa que se ha venido realizando una cuantificación (monetización) del beneficio ilícito y la probabilidad de detección para el cálculo de una multa base, la cual es incrementada o disminuida dependiendo de la presencia de factores agravantes o atenuantes.

Por otro lado, cuando la determinación de las multas se lleva a cabo mediante un análisis de carácter cualitativo se analiza la presencia o ausencia de los criterios citados en la ley, así como la extensión o grado de cada uno de ellos. Por ejemplo, se analiza si el mercado afectado por la práctica infractora es amplio o reducido, si el infractor sabía o no que estaba cometiendo una práctica que atenta contra la normativa vigente, si la práctica fue llevada a cabo durante un periodo prolongado o corto, entre otros. Asimismo, en muchos casos se toma en cuenta la jurisprudencia para la graduación de la sanción, es decir, se fija la sanción en niveles similares a los fijados anteriormente para conductas similares.

Es importante precisar que en los casos en los cuales se opta por realizar un análisis cualitativo dicha decisión suele estar motivada por la ausencia de la información necesaria para realizar una estimación cuantitativa de los criterios listados en la legislación. En efecto, en las resoluciones revisadas es posible identificar un alto nivel de esfuerzo en los equipos de los órganos resolutorios para determinar la presencia de la infracción. No obstante, la información recabada durante el curso de la investigación tiende a resultar insuficiente para cuantificar los criterios de graduación de sanciones. Esto se debe a que en muchos casos la información necesaria para graduar la sanción no es la misma que la requerida para probar la existencia de la infracción. A lo anterior se le debe añadir que, considerando que la autoridad enfrenta plazos limitados para la resolución de los casos, en ocasiones no se dispone de tiempo para solicitar información adicional.

La situación anteriormente descrita genera dos problemas importantes. El primero es que deja abierta la posibilidad de que la determinación de la multa sea ineficiente, en el sentido que podrían generarse situaciones en las que la multa no disuada efectivamente la infracción, así como situaciones en las que la multa sea “desproporcionada”. El segundo problema es que puede generarse entre los usuarios de la institución la percepción de que las multas son establecidas con alta discrecionalidad y sin guardar relación con los efectos de la conducta infractora.

Es por ello que en el presente documento se propone una metodología que busca que las sanciones se establezcan siguiendo los criterios de disuasión y proporcionalidad, recogidos en el principio de razonabilidad de la LPAG, y rescatando las mejores prácticas implementadas por algunos órganos resolutorios del Indecopi. El objetivo de



la metodología propuesta, que es descrita en el capítulo siguiente, es proveer a la institución de una herramienta que le permita establecer sanciones de manera eficiente y que, al mismo tiempo, resulte de fácil aplicación, no implique costos elevados de implementación y no requiera cambios a la legislación vigente.

2. PROPUESTA

En el presente capítulo se plantea una propuesta metodológica para el establecimiento de multas que desincentiven la presencia de infracciones a la normativa que tutela el Indecopi y que sean proporcionales a la conducta infractora. La propuesta se basa en la teoría económica referida a la forma óptima en que el Estado puede hacer cumplir las normas (*public enforcement of law*), respetando los criterios establecidos en el marco legal vigente del Indecopi y rescatando las buenas prácticas que se han identificado en algunos órganos resolutivos.

La teoría económica que versa sobre la forma óptima de disuasión de conductas ilícitas se basa en el trabajo pionero del premio Nobel de Economía Gary Becker.⁸ Esta teoría refiere que para alcanzar la disuasión óptima de conductas ilícitas, la entidad pública cuenta con dos instrumentos: la multa (m) y el nivel de esfuerzo o gasto en la detección y sanción de infractores (e), que se traduce en una probabilidad de captura y sanción ($p(e)$). Así, para un nivel dado de esfuerzo o gasto (e), el nivel de multa óptimo es igual a la ratio entre el daño causado con la infracción (h) y la probabilidad de detección (p):⁹

$$m^* = \frac{h}{p} \quad \text{Ecuación 1}$$

Es importante destacar que en la literatura económica, la multa descrita en la ecuación 1, reduce las infracciones hasta un nivel “óptimo”, pero esto no implica la disuasión “total” de las conductas ilícitas. Ello se debe a que la ecuación 1 resulta de maximizar una función de bienestar social que se construye restando a los beneficios ilícitos el daño generado por dichos actos y el costo social incurrido en la detección e imposición de sanciones. En tal sentido, si bien aquellas infracciones que generan un beneficio ilícito superior al daño reciben una multa, no son disuadidas totalmente mediante la aplicación de la ecuación 1.¹⁰

Es por lo anterior que, buscando que la multa sea totalmente disuasiva, se propone emplear el beneficio ilícito además de la probabilidad de detección de la infracción como los principales criterios de determinación de la sanción. A este valor se le denomina **multa base**. Adicionalmente, se propone que la multa base sea multiplicada por un factor F , cuyo valor es determinado considerando las circunstancias agravantes y atenuantes, específicas a cada infracción. En términos matemáticos:

⁸ Becker, G. (1968). “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, Vol. 76, pp. 169-217.

⁹ Ver: Polinsky y Shavell (2000).

¹⁰ Para que un potencial infractor (racional y neutral al riesgo) sea disuadido de cometer un acto ilícito, la multa debe ser mayor al beneficio ilícito esperado. Por consiguiente, la aplicación de la ecuación 1 no permite disuadir infracciones que generan beneficios ilícitos superiores al daño. En efecto, si $b > h$ entonces h/p no siempre es mayor que b , en consecuencia la multa óptima no le “quita” todo el beneficio ilícito al infractor.

$$Multa = Multa\ base * F$$

$$Multa = \left(\frac{Beneficio\ ilícito}{Probabilidad\ de\ Detección} \right) * F$$

En resumen, tres elementos son necesarios para determinar una multa disuasiva:

- Beneficio ilícito
- Probabilidad de detección
- Factor que recoge los atenuantes y agravantes

A continuación se plantean métodos para la determinación de cada uno de estos elementos y se discuten soluciones para situaciones particulares planteadas por las Secretarías Técnicas en versiones previas de este documento. De manera complementaria, en el Anexo 3 presentan ejemplos de cómo calcular multas disuasivas considerando la metodología propuesta aplicada a casos sobre la base de expedientes reales analizados en el Indecopi.

2.1. ¿Cómo estimar el beneficio ilícito?

Un primer punto que es necesario determinar es qué se entiende por beneficio ilícito. A partir de las reuniones sostenidas con los Secretarios Técnicos y Directores se encontró que, si bien el beneficio ilícito es el criterio más frecuentemente mencionado en las leyes que rigen el accionar de los órganos resolutivos del Indecopi, no existe consenso respecto de qué se entiende por este término: mientras que para algunos el beneficio ilícito comprende la totalidad de los ingresos obtenidos durante la duración de la infracción, para otros se limita a los beneficios (ingresos menos costos) obtenidos durante la duración de la infracción.

En la presente propuesta, el beneficio ilícito es entendido como la ganancia ilícita que obtuvo el infractor como consecuencia de cometer la conducta ilícita, es decir, aquel beneficio que no se hubiese registrado bajo las condiciones normales, en caso no se hubiera cometido la falta.

Con la finalidad de identificar el beneficio ilícito se plantea que el equipo técnico a cargo de la resolución del expediente procure obtener la información que permita responder las siguientes preguntas referidas al beneficio obtenido por el infractor durante el periodo en que se efectuó la infracción:

- *Pregunta 1 (respecto de sí mismo):* ¿El beneficio del infractor varió de manera importante respecto de lo que se venía registrando o de lo que se hubiese esperado que se registre?
- *Pregunta 2 (respecto de los demás):* Al comparar el beneficio del infractor con el de sus competidores o empresas similares, ¿se observan diferencias

respecto de lo que se venía observando, lo que se esperaba o lo que ocurrió en mercados similares?

- *Pregunta 3 (otras explicaciones):* ¿Se puede decir que la práctica bajo análisis es el principal factor que explica las diferencias o cambios observados?

Para responder estas preguntas se debe tener una idea de qué habría ocurrido si la práctica que se analiza no se hubiera realizado. Es decir, cuál habría sido el panorama experimentado por los consumidores y competidores en ausencia de la conducta infractora. A esta situación se le denomina escenario contra factual o alternativo.

A manera de ejemplo, el Gráfico 1 presenta el caso en el que el beneficio en el escenario alternativo es menor al realizado, durante el periodo en el que se llevó a cabo la conducta ilícita. Se observa que el beneficio durante la conducta ilícita es mayor a la tendencia que este estaba teniendo antes e, incluso, después de la conducta ilícita. Esto indicaría que, como resultado de la conducta ilícita, se obtuvo un beneficio que no se hubiera obtenido en ausencia de esta.

Gráfico 1
BENEFICIO ILÍCITO EN EL ESCENARIO ALTERNATIVO VS. ESCENARIO REALIZADO



Fuente: Oxera (2008).

Cada una de las preguntas planteadas permitirá identificar la diferencia entre lo registrado bajo el escenario alternativo (sin la práctica ilícita) y lo que efectivamente se registró (con la práctica ilícita). Para ello, las Secretarías Técnicas del Indecopi, en el transcurso de su investigación de oficio o durante la etapa de valoración de pruebas (en los casos de parte) y de preferencia desde un inicio en el caso, deberán procurar obtener información de variables económicas que permitan inferir la evolución de los beneficios obtenidos por el agente económico investigado y de la vinculación de estos beneficios con los hechos, conductas o prácticas bajo investigación o análisis.

El Anexo 1 lista algunas de las variables económicas específicas y los métodos que se pueden implementar para la estimación cuantitativa del beneficio ilícito. Es preciso indicar que este análisis ya se hace en algunas Secretarías Técnicas para algunos casos (normalmente los que involucran una alta o muy alta gravedad). Lo se persigue

en esta propuesta, es que se sistematice y se utilice de manera frecuente, criterios y metodologías para la imposición de multas que efectivamente disuadan el comportamiento ilícito de los agentes económicos en las materias de competencia del Indecopi.

Es posible que ocurran situaciones en las que no es posible estimar el beneficio ilícito generado por la infracción o, habiéndolo estimado, dicho beneficio resulta sustantivamente inferior al daño ocasionado por la infracción. En esta situación, una multa basada en el beneficio podría resultar desproporcionadamente baja con relación a la gravedad del daño generado por la infracción. Este último puede darse cuando, en el contexto de la protección de los consumidores, se ha cometido una infracción que afecta la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.

En estas circunstancias se propone que la multa sea estimada con base en el análisis y, si fuera posible, la cuantificación, del daño generado por la infracción, pero considerando igualmente la probabilidad de detección y el factor F , que considera las situaciones agravantes y atenuantes:

$$\text{Multa alternativa} = \left(\frac{\text{Daño}}{\text{Probabilidad de Detección}} \right) * F$$

2.2. ¿Cómo estimar la probabilidad de detección y sanción?

El segundo paso considerado en la presente propuesta consiste en determinar la probabilidad de que la infracción puede sea detectada y efectivamente sancionada. Esta probabilidad debe ser aproximada a partir del punto de vista del infractor, debido a que el factor que influye en un infractor al momento de decidir si lleva a cabo o no una conducta ilícita es su propia percepción de qué tan probable es que sea descubierto y sancionado por la autoridad. En la medida que su expectativa sea que no lo detectarán (o lo detectarán pero no lo sancionaran), sus incentivos para infringir serán mayores.

Considerar la probabilidad de detección y sanción en el cálculo de la multa es relevante porque actúa como un ponderador del beneficio ilícito: a mayor dificultad para descubrir la práctica ilícita, mayor será la multa. Por ejemplo, si la conducta es fácilmente identificable (es decir, la probabilidad de detección es cercana a 100%) la ratio formada por el beneficio ilícito y la probabilidad será cercana al valor del beneficio ilícito. Pero si la conducta es difícil de descubrir para la autoridad, y en consecuencia la probabilidad de detección y sanción es baja, la ratio entre el beneficio ilícito y la probabilidad resulta en un valor mayor al beneficio ilícito.

La probabilidad a ser incorporada en el cálculo incluye la probabilidad de que la infracción, además de ser detectada, sea efectivamente sancionada. Esto último implica no solo que los órganos resolutivos impongan una sanción, sino también que ella se cumpla. En efecto, existen casos en que los infractores no pagan voluntariamente las multas impuestas, lo cual disminuye su efecto disuasivo, al tiempo que ocasiona altos costos de ejecución para la institución.

Con el objetivo de obtener una primera aproximación a las probabilidades de detección de las infracciones a la normativa que vigila el Indecopi, se efectuaron encuestas a las Secretarías Técnicas y Comisiones de primera instancia así como a los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos, respecto a la probabilidad de detección de las conductas infractoras más frecuentes. Para determinar la probabilidad de que las multas impuestas sean efectivamente cobradas se encuestó al Área de Ejecución Coactiva respecto de la probabilidad de ejecutar una multa, según órgano resolutorio. A partir de la combinación de ambas probabilidades, se logró determinar un rango referencial de probabilidades de detección y sanción de las conductas infractoras más frecuentes en el Indecopi. Los resultados se presentan en los Cuadros 2 a 8.

Cuadro 2
CCD: PROBABILIDADES DE DETECCIÓN Y SANCIÓN, SEGÚN CONDUCTA INFRACTORA

Conducta infractora	Prob.
1. Publicidad engañosa de productos naturales.	31-40%
2. Publicidad de promociones de ventas sin informar adecuadamente sobre sus restricciones y condiciones de acceso.	31-40%
3. Publicidad engañosa de productos adelgazantes.	31-40%
4. Infracciones a normas sectoriales sobre publicidad de productos farmacéuticos.	11-20%
5. Publicidad de productos con precios de venta al crédito sin consignar la información que exige la Ley.	31-40%

Fuente: Encuesta realizada a la Secretaría Técnica y Miembros de la CCD, Encuesta realizada al Área de Ejecución Coactiva.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Cuadro 3
CLC: PROBABILIDADES DE DETECCIÓN Y SANCIÓN, SEGÚN CONDUCTA INFRACTORA

Conducta infractora	Prob.
1. Práctica colusoria.	37-54%
2. Abuso de posición de dominio.	73-90%
3. Infracción al artículo 5 del Decreto Legislativo 807.	55-72%

Fuente: Encuesta realizada a la Secretaría Técnica y Miembros de la CLC, Encuesta realizada al Área de Ejecución Coactiva.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Cuadro 4
CPC: PROBABILIDADES DE DETECCIÓN Y SANCIÓN, SEGÚN CONDUCTA INFRACTORA

Conducta infractora	Prob.
1. Consumos fraudulentos con tarjetas de crédito.	21-30%
2. No dar respuesta a los reclamos de los consumidores en bancos.	11-20%
3. Remisión de estados de cuenta y de información al consumidor.	11-20%
4. Defectos en inmuebles: acabados, construcción.	21-30%
5. Fallas y defectos en vehículos.	31-40%

Fuente: Encuesta realizada a la Secretaría Técnica y Miembros de la CPC2-SC y la CPC-ILN, Encuesta realizada al Área de Ejecución Coactiva.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Cuadro 5
ORPS: PROBABILIDADES DE DETECCIÓN Y SANCIÓN, SEGÚN CONDUCTA INFRACTORA

Conducta infractora	Prob.
1. Operaciones no reconocidas con tarjeta y clave.	31-40%
2. Consumos fraudulentos.	31-40%
3. Incorrecto cálculo de intereses.	11-20%
4. Falta de atención a requerimiento de información.	21-30%
5. Reporte indebido a centrales de riesgo.	21-30%

Fuente: Encuesta realizada a los ORPS, Encuesta realizada al Área de Ejecución Coactiva.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Cuadro 6
DDA: PROBABILIDADES DE DETECCIÓN Y SANCIÓN, SEGÚN CONDUCTA INFRACTORA

Conducta infractora	Prob.
1. Retransmisión de obras protegidas sin pago de derechos conexos.	0-10%
2. No pagar derechos a las Sociedades de Gestión Colectiva.	41-50%
3. Uso de software ilegal.	0-10%
4. Delitos aduaneros.	0-10%
5. Piratería pura.	21-30%

Fuente: Encuesta realizada a la Secretaría Técnica y Miembros de la CDA, Encuesta realizada al Área de Ejecución Coactiva.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.



Cuadro 7
DIN: PROBABILIDADES DE DETECCIÓN Y SANCIÓN, SEGÚN CONDUCTA
INFRACTORA

Conducta infractora	Prob.
1. Violación a derechos de diseño industrial (importación, fabricación y venta)	31-40%
2. Violación a derechos de patente de invención de procedimiento (importación, fabricación, venta y uso)	0-10%
3. Violación a derechos de patente de invención de producto (importación, fabricación, venta y uso)	11-20%
4. Violación a derechos de patente de modelo de utilidad (fabricación, venta y uso)	21-30%
5. Violación a derechos de obtentor (siembra y uso)	11-20%

Fuente: Encuesta realizada a la Secretaría Técnica y Miembros de la CIN, Encuesta realizada al Área de Ejecución Coactiva.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Cuadro 8
DSD: PROBABILIDADES DE DETECCIÓN Y SANCIÓN, SEGÚN CONDUCTA
INFRACTORA

Conducta infractora	Prob.
La importación de los mismos productos, o productos vinculados, a aquellos que se encuentran registrados como signos distintivos en la DSD. La DAM que contienen la importación es correctamente declarada ante Sunat y detectada por el titular de la marca o el veedor de Indecopi.	41-50%
La importación de los mismos productos, o productos vinculados, a aquellos que se encuentran registrados como signos distintivos en la DSD. La DAM que contienen la importación no es correctamente declarada ante Sunat pero es detectada por el titular de la marca o el veedor de Indecopi.	31-40%
La importación de los mismos productos, o productos vinculados, a aquellos que se encuentran registrados como signos distintivos en la DSD. La DAM que contienen la importación no es correctamente declarada ante Sunat y la marca se encuentra oculta. No obstante ello, la infracción es detectada por el titular de la marca o el veedor de Indecopi.	31-40%
La comercialización de productos o prestación de servicios, o productos o servicios vinculados, a aquellos que se encuentran registrados como signos distintivos en la DSD. La comercialización es detectada por el titular de la marca. El titular de la marca determina al responsable de la infracción.	31-40%
La comercialización de productos o prestación de servicios, o productos o servicios vinculados, a aquellos que se encuentran registrados como signos distintivos en la DSD. La comercialización es detectada por el titular de la marca. El titular de la marca determina al responsable de la infracción. La comercialización del producto o la prestación del servicio se efectúa en un mercado mayorista o minorista pero de difícil acceso.	31-40%
La publicidad de la comercialización de productos o prestación de servicios, o productos o servicios vinculados, a aquellos que se encuentran registrados como signos distintivos en la DSD. La comercialización es detectada por el titular de la marca en una página web. El titular de la marca determina al responsable de la infracción.	31-40%

DAM = Declaración Aduanera de Mercancías.

Fuente: Encuesta realizada a la Secretaría Técnica y Miembros de la CSD, Encuesta realizada al Área de Ejecución Coactiva.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

2.3. ¿Cómo considerar los factores atenuantes y agravantes?

La aplicación del factor F a la multa base calculada tiene por objetivo calibrar la multa de forma tal que se incorporen situaciones agravantes o atenuantes particulares a la infracción. En general, el valor del factor F será mayor en la medida que se identifiquen más circunstancias agravantes. Entre dichas circunstancias destacan las siguientes:



- La duración de la conducta;
- La reincidencia, es decir, haber vuelto a cometer una falta que previamente fue descubierta y/o sancionada;
- El rol que desempeñó el infractor en la ejecución de la práctica (por ejemplo, ser el líder o promotor de la conducta ilícita);
- La obstrucción o negativa a cooperar en el proceso de investigación (por ejemplo, la provisión tardía de la información solicitada, el reporte de información incompleta o falsa, la destrucción de la evidencia, entre otros);
- El ámbito que alcanza la infracción (por ejemplo, si afecta a un grupo vulnerable o extenso de la sociedad), y
- La intencionalidad o premeditación de la conducta (por ejemplo, el objetivo o el grado de negligencia al llevar a cabo la práctica).

Por otro lado, el valor del factor F será menor si existieron factores que atenuaron el impacto de la práctica ilícita. Entre las circunstancias atenuantes destacan:

- La cooperación del infractor con la autoridad durante la investigación (por ejemplo, al proporcionar la información solicitada de manera oportuna y adecuada).
- El auto-reporte, es decir, si el infractor informa a la autoridad de la realización de la infracción que está cometiendo;
- La subsanación o disposición del infractor de presentar una solución a la afectación ocasionada por la conducta ilícita.

Aunque la valoración de los agravantes y atenuantes es esencialmente cualitativa, se propone que, para efectos de determinar la multa, esta valoración cualitativa se convierta a un valor numérico del factor F de entre 0,70 y 2.

En general el factor F debe ser superior a la unidad, para evitar que la multa sea inferior a la multa base, reduciendo con ello su poder disuasorio. No obstante, excepcionalmente pueden existir casos en los cuales solo se observan circunstancias atenuantes. Solo en presencia de circunstancias atenuantes que se encuentren debidamente acreditadas, se propone que el factor F tome un valor inferior a la unidad, aunque no menor a 0,70. Como máximo se propone que el factor F tome el valor de 2, es decir, que por circunstancias agravantes se pueda hasta duplicar la multa base.

De esta manera, con la incorporación del factor F se busca que la multa base se adapte a lo establecido en el criterio de razonabilidad de la LPAG, al hacer que la multa final impida que para el infractor resulte más ventajoso cumplir la norma que infringirla y asumir la sanción, al tiempo que es proporcional a la conducta infractora, es decir, considera circunstancias atenuantes o agravantes.

2.4. ¿Qué criterio se debe seguir si la multa supera el límite legal?

Si se toma en cuenta que las multas tienen un límite máximo establecido en la legislación, es posible que la multa calculada mediante la fórmula propuesta resulte mayor que dicho límite.¹¹ Como la multa no puede exceder el límite legal impuesto, lo anterior implica que algunos ilícitos podrían no ser totalmente disuadidos.

En los casos en los cuales la multa óptima calculada mediante la fórmula arriba señalada resulte mayor a la multa máxima establecida en la legislación, se propone que el órgano resolutorio imponga la multa máxima permitida y aplique otras sanciones no monetarias disponibles en la legislación correspondiente.

¹¹ El Anexo 2 presenta un gráfico en el que se especifican los límites de las multas que pueden imponer los órganos resolutorios del Indecopi, según la gravedad de la infracción.

CONCLUSIONES

La determinación adecuada del monto de las multas que impone el Indecopi es un elemento clave para lograr disuadir de manera efectiva las conductas que infringen el marco legal que tutela la institución.

Si bien la legislación vigente ya define los criterios que deben ser tomados en cuenta para la graduación de sanciones, no especifica la manera en que dichos criterios deben ser incorporados en el cálculo de la multa. Tampoco indica cómo deben ser calculados o monetizados criterios trascendentes como el beneficio ilícito, el daño o la probabilidad de detección.

Esto ha generado una alta dispersión en la forma en que cada órgano resolutivo define el monto de las multas que impone: mientras que en algunos casos se utiliza como principal elemento de determinación de las multas el beneficio ilícito asociado a la infracción, en otros casos se utiliza una alguna aproximación al daño o incluso otros criterios *ad hoc*, cuando la legislación lo permite. Mientras algunos órganos resolutivos cuantifican la probabilidad de detección de la infracción y la incorporan en el cálculo de la multa, otros la utilizan como circunstancia atenuante o agravante de la infracción, o simplemente no la utilizan.

Además, a partir de la revisión de una muestra de resoluciones, ha sido posible constatar que el nivel de profundización en el análisis de los criterios considerados en la legislación no es uniforme, de manera que en algunos casos se realiza una cuantificación (monetización) de los criterios indicados en la legislación, como el daño o el beneficio ilícito, y en otros se lleva a cabo solo un análisis cualitativo de los mismos. La información que consta en los expedientes, ya sea de parte u oficio, se concentra en las pruebas e indicios que demuestran o no la infracción, pero no contiene información suficiente para la estimación adecuada de las multas. Lo anterior puede reducir el nivel predictibilidad en las decisiones de la autoridad, derivando en sanciones que no son disuasivas y razonables.

En este documento se propone una metodología para determinar multas en el Indecopi, la cual se basa conceptualmente en la teoría económica referida a la forma óptima en que el Estado puede hacer cumplir las normas, al tiempo que respeta el marco legal vigente de cada órgano resolutivo e incorpora las mejores prácticas de cálculo de multas identificadas en la institución.

La propuesta considera el uso de tres conceptos principales: el beneficio ilícito asociado a la infracción, la probabilidad de que el Indecopi detecte y sancione dicha conducta y un factor multiplicativo que se determina sobre la base del balance de las circunstancias atenuantes y agravantes presentes en cada caso. Se plantea asimismo, que en situaciones en las que el beneficio ilícito no pueda ser estimado y/o este sea sustancialmente inferior al daño que genera la infracción (por ejemplo, en el caso de infracciones que ponen en riesgo la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores) se utilice el daño como criterio principal de la multa, manteniendo la



probabilidad de detección y los factores atenuantes y agravantes como criterios de determinación de la multa.

Adicionalmente y con el objetivo de ayudar a los órganos resolutores en la cuantificación de la probabilidad de detección, en esta propuesta se ha incorporado mediciones de probabilidad de detección y sanción para infracciones frecuentes. Dichas probabilidades, expresadas en rangos, deben ser empleadas de manera referencial por los órganos resolutores de Indecopi para establecer la probabilidad de detección en el cálculo de la multa.

Así, la metodología de multas propuesta incorpora todos los criterios enunciados en los marcos legales de cada órgano resolutor, por lo que no requiere en principio ninguna modificación del marco legal vigente para su aplicación. Además de brindar un marco conceptual uniforme sobre los criterios de fijación de multas, sólidamente basado en el objetivo de disuasión de conductas ilícitas, la adopción de esta propuesta contribuirá también a incrementar la predictibilidad respecto a la imposición de sanciones por parte de Indecopi.

La Gerencia recomienda que la aplicación de esta metodología se efectúe de manera progresiva, luego de un periodo de discusión y debate interno y externo. Se propone así, que el presente documento sea de dominio público y se establezcan plazos para la recepción de consultas y comentarios. Luego de este periodo, se recomienda que la metodología propuesta para la determinación de multas, sea considerada por la Sala Plena de Indecopi como lineamiento de observancia para todos los órganos resolutores del Indecopi en su función sancionadora.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anderson, P., Bolema, T. y Geckil, I. (2007). *Damages in Antitrust Cases*. Anderson Economic Group (AEG) Working Paper.
- Bardhan, P. (1997). "Corruption and Development: A review of issues". *Journal of Economic Literature*, 1997, Volumen 35, Número 3, pp. 1320-1346.
- Ben-Shahar, O. y Harel, A. (1995) "Blaming the victim: Optimal incentives for private precautions against crime". *Journal of Law, Economics, & Organization*, 11(2), pp. 435-455.
- Bryant P. y Eckard E. (1991). "Price Fixing: The Probability of Getting Caught". *The Review of Economics and Statistics*, 73(3), pp. 531-536.
- Becker, G. (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach". *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, Vol. 76, pp. 169-217.
- Buccirossi, P. y Spagnolo, G. (2006). *Antitrust Sanction Policy in the Presence of Leniency Programs*.
- Clark, E., Hughes, M. y Wirth, D. (2004). *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules - Analysis of economic models for the calculation of damages*. Ashurst, Brussels.
- Combea, E., Monnierb, C., y Legalc R. (2008) *Cartels: the Probability of Getting Caught in the European Union*. Bruges European Economic Research papers (BEER)
- Connor, J. y Miller, D. (2010). "The predictability of global cartel fines". *Review of Competition Law*, 2.
- Dorsey and Whitney LLP (2006). *IPVALUE2006 China & Hong Kong Recent developments in intellectual property*. Hong Kong, China: Global White Page
- Garoupa, N. (1997). "The Theory of Optimal Law Enforcement". *Journal of Economic Surveys*, 1997, Volumen 11, Número 3, pp. 267.
- Garoupa N. (1998). "Optimal law enforcement and imperfect information when wealth varies among individuals". *Economica*, New Series, 65(260), pp. 479-490.
- Gibbons, T. (1982). "The utility of economic analysis of crime", *International Review of Law and Economics*, Volumen 2, Número 2, pp. 197-191.
- Gual, J. y Mas, N. (2010). *European Commission Decisions on Anti-competitive Behavior*. IESE Business School, University of Navarra.



Hirshman, A. (1985). *Against Parsimony: Three Easy Ways of Complicating Some Categories of Economic Discourse*, *Economics and Philosophy*, Volumen 1, pp. 7-21.

Hylton, K. (1996). "Optimal law enforcement and victim precaution". *The RAND Journal of Economics*, 27(1), pp. 197-206.

Innes, R. (1999). "Self-policing and optimal law enforcement when violator remediation is valuable". *The Journal of Political Economy*, 107(6), pp. 1305-1325.

International Competition Network Cartels Working Group – ICN (2008). *Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions*. Report to the 7th ICN Annual Conference Kyoto.

Kaplov, L. y Shavell, S. (1994). "Optimal law enforcement with self reporting of behavior". *The Journal of Political Economy*, 102(3), pp. 583-606.

Levine, T., Kim, R., Park, S. y Hughes M. (2006). "Deception detection accuracy is a predictable linear function of message veracity base-rate: a formal test of Park and Levine's probability model". *Communication Monographs*, 73(3), pp. 243-260.

Lewin, J. y Trumbull, W. (1990). "The social value of crime?" *The International Review of Law and Economics*, 1990, volume 10, pp. 271-284

McCarthy, T. y Thomas, S. (1995). *Analyzing damages in health care antitrust cases*. National Economic Research Associates (NERA).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN (2006). *Sistema de sanciones por daños ambientales para la fiscalización de la industria de hidrocarburos en el Perú*. Documento de Trabajo N° 20. Oficina de Estudios Económicos.

OSINERGMIN (2008). *Estudio de multas del sector energía*. Documento de Trabajo elaborado por Fiorella Molinelli.

Oxera (2008). *Damages actions: the European Commission White Paper*. Agenda Advancing economics in business.

Oxera (2009), *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts*. Study prepared for the European Commission. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

Office of Fair Trading – OFT (2009). *An assessment of discretionary penalties regimes*.

Polinsky, M. y Shavell, S. (1991). "A note on optimal fines when wealth varies among individuals". *The American Economic Review*, 81(3), pp. 618-621.

Polinsky, M. y Shavell, S. (1992) "Enforcement costs and the optimal magnitude and probability of fines". *Journal of Law and Economics*, 35(1), pp. 133-148.



Polinsky, M. y Shavell, S. (2000). "The Economic Theory of Public Enforcement of Law". *Journal of Economic Literature*, Marzo 2000, Vol. XXXVIII, Número 1, pp. 45-46.

Polinsky, M. y Shavell, S. (2009). "The Theory of Public Enforcement of Law". *Handbook of Law and Economics*, 2009, Volumen 1, pp. 430-43.

Renda A. Peysner J. Riley A. y otros (2007). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*. Centre for European Policy Studies. Rotterdam; Report for the European Commission

Shavell S. (1987). "The optimal use of non monetary sanctions as a deterrent". *The American Economic Review*, 77(4), pp. 584-592.

Shubba G., Maffioletti A. y Ramello G. (2005). *Intellectual property rights or liability rules: How Do We Tackle Copyright Infringement in the Music Market? Insights from Experimental Data*. Workshop on the Law and Economics of Intellectual Property and Information Technology

Steinbockova, M. (2008). *Leniency Programme in Antitrust Law*. Brno, República Checa: Masaryk University

Távora, J. (1997). *Las políticas antimonopolio y la promoción de la competencia en el Perú*. Documentos de Trabajo 1997-138, Departamento de Economía, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Távora, J. (2004). "Captura del Estado, Persistencia de la Corrupción y Desafíos a la Democracia". En: Ugarteche, O. Ed. (2004) *Vicios Públicos – Poder y Corrupción*. Fondo de Cultura Económica, Lima.

Távora, J. (2010). "Política industrial y desarrollo en el Perú" En: Rodríguez, J. y Tello, M. (2010). *Opciones de Política Económica 2011-2015*, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tirole, J. (1996). "A theory of collective reputation (with applications to the persistence of corruption and to firm quality)". *The Review of Economic Studies*, 1996. Volumen 63, Número 1, pp. 1-22

Waelbroeck, D., Slater, D., y Even-Shoshan, G. (2004). *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – Comparative report*. Ashurst, Brussels.



ANEXOS

Anexo 1: Algunas técnicas propuestas para cuantificar el beneficio ilícito

1. ¿Cómo identificar el beneficio ilícito?

Con el objetivo de identificar el beneficio ilícito asociado a la realización de una conducta infractora, se puede utilizar como guía las preguntas siguientes:

Pregunta 1: ¿El beneficio del infractor varió de manera importante respecto de lo que se venía registrando o de lo que se hubiese esperado que se registre?

Es posible que esto suceda si:

- Se observa un cambio entre la tendencia de la tasa de crecimiento del beneficio durante el periodo en el que ocurrió la práctica respecto de periodos anteriores o posteriores. Por ejemplo, si la tasa de crecimiento del ingreso neto o el precio, durante el periodo en el que ocurrió la práctica, fue mayor a la tasa que se venía observando antes de que ocurriera la práctica.

Pregunta 2: Al comparar el beneficio del infractor con el de sus competidores, ¿se observan diferencias respecto de lo que se venía observando, lo que se esperaba o lo que ocurrió en mercados similares?

Es posible que esto suceda si:

- La relación entre el beneficio del infractor y el de sus competidores varía de manera importante durante el periodo en el que ocurrió la práctica. Por ejemplo, si el infractor venía exhibiendo beneficios inferiores a los de sus competidores pero, como consecuencia de la práctica, sus ingresos aumentan o, incluso, superan a los de sus competidores.
- La relación entre el beneficio del infractor y el mercado en su totalidad varía de manera importante durante el periodo en el que ocurrió la práctica.
- Lo que se observa en mercados similares (en otras regiones o en productos parecidos) no guarda relación con lo que sucedió con el beneficio durante el periodo en el que ocurrió la práctica.

Pregunta 3: ¿Se puede decir que la práctica bajo análisis es el principal factor que explica las diferencias o cambios observados?

Es posible que esto suceda si:

- Una vez que se tiene en cuenta los cambios en la economía y en las variables del mercado, la única razón que justificaría las diferencias es la conducta ilícita. Por ejemplo, aún después de tomar en cuenta el efecto de la variación en el precio de los insumos, los cambios en la demanda, los patrones de consumo y hasta los cambios que pudieran haber acontecido en la economía (políticos, sociales, etc.), se llega a la conclusión de que la conducta ilícita fue el principal factor que explicaría las variaciones en el beneficio.

2. ¿Qué metodologías pueden utilizarse para calcular el beneficio ilícito?

Entre las principales metodologías para identificar estos cambios destacan los enfoques basados en la comparación, el análisis financiero y el uso de modelos teóricos para simular de la estructura del mercado. Estas metodologías permiten construir el escenario alternativo y así poder contrastarlo con el escenario real.

Comparación

Para estimar las condiciones en ausencia de la práctica ilícita (escenario contrafactual), este enfoque propone realizar comparaciones a nivel:

- Temporal, mediante series de tiempo que permitan analizar las condiciones antes, durante y/o después de una infracción; o
- Transversal o de otros mercados (geográficos o producto) que puedan ser tomados como referencia;
- Temporal y transversal, es decir, comprando en el tiempo lo que se observa en otros mercados.

Por ejemplo, en ausencia de infracción se esperaría que la conducta del precio o las cantidades vendidas en el mercado bajo análisis guarde relación con lo observado en mercados similares o con ese mismo mercado en diferentes periodos.

Estructura del mercado

Sobre la base de la teoría de organización industrial se replica el comportamiento del mercado a partir de su similitud con los modelos de la teoría económica (Cournot, Bertrand, competencia monopolística, etc.). El valor resultante del modelo teórico no estará afectado por la conducta ilícita. La diferencia entre este resultado y el escenario efectivo dará a conocer el beneficio ilícito.

Análisis financiero

Este enfoque emplea la información financiera de las empresas o industrias para determinar el escenario en ausencia de la práctica. El análisis puede enfocarse en:

- Comparaciones de la rentabilidad o en la reacción del activo frente a la infracción;
- Estimar cual debió ser el precio (u otra variable relevante) a partir de la reconstrucción de las cuentas y del costo del producto; o
- La valorización de la empresa.

El análisis financiero propone pautas bastante similares a las otras dos metodologías, solo que desde el enfoque de la teoría financiera (es decir, usando información de los estados financieros, de las cotizaciones de las acciones, etc.).

Costo evitado

Tal como se mencionó anteriormente, el beneficio ilícito puede ser calculado también como el ahorro monetario que obtendría una empresa que decide no realizar una inversión en sus productos, para que estos tengan un funcionamiento adecuado de acuerdo a requerimientos técnicos.

Asimismo, el costo evitado por no realizar una acción requerida por ley puede ser considerado también como un beneficio ilícito asociado a una infracción.

3. ¿Qué tipo de información puede ser solicitada durante el transcurso de la investigación para determinar el beneficio ilícito?

Las técnicas anteriormente descritas para la determinación del beneficio ilícito pueden involucrar procedimientos bastante sencillos y rápidos, como el cálculo de promedios o la interpolación de datos; así como también cuantificaciones más sofisticadas, como las estimaciones econométricas de datos de panel. La elección del enfoque estará en función de la disponibilidad de información y de las necesidades de cada caso en particular.

En efecto, la idea principal detrás de la determinación del beneficio ilícito asociado a una infracción es el contraste de la información de las variables en el periodo durante el que se llevó a cabo la práctica infractora en el mercado bajo análisis. Se evaluarán las diferencias entre el beneficio realizado respecto de lo que se hubiese esperado que suceda en ausencia de la infracción (escenario alternativo). Para la elección de las variables que determinarán el escenario alternativo se toma en cuenta un periodo (antes o después de la práctica) o un mercado (el que está bajo análisis u otro con características semejantes).

Por ejemplo, si se sabe que la práctica ilícita se realizó durante mayo del año 2011 en el mercado de alimentos, las variables del escenario alternativo deben estar comprendidas en:

- Los meses previos o posteriores a mayo de 2011; o
- El mercado:
 - de alimentos peruano (mercado bajo análisis), o
 - de alimentos en otros países (mercado elegido según características comparables a las del mercado peruano), o
 - mayorista de insumos alimenticios (otro mercado pero que comparte características del mercado de alimentos).

De acuerdo al marco de análisis elegido, se debe requerir información de variables como:



- El ingreso neto (ingreso menos costo).
- El EBITDA (ganancias antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización).
- El ratio ingreso neto empresa / ingreso neto mercado.

En tal sentido, se recomienda que desde un inicio en la investigación los órganos resolutivos requieran la información necesaria a las partes involucradas, procurando no retardar el requerimiento de información hasta después de comprobado el hecho infractor, como parece ser la práctica actual en algunas comisiones o direcciones. Esto permitirá además que la autoridad pueda determinar con anticipación el grado de complejidad y sofisticación de la técnica a elegir y la información disponible para calcular el beneficio ilícito.

Anexo 2: Límites máximos establecidos en la legislación del Indecopi

La legislación vigente considera límites a las multas que puede imponer el Indecopi cuando detecta la comisión de una infracción. El gráfico A2.1 presenta un resumen de dichos límites, según la gravedad de la infracción. Cabe mencionar que el gráfico no considera las multas que puede imponer la CEB pues sus límites son mucho menores que los que poseen los demás órganos resolutiveos¹². Además, en el caso de la CCO, la ley no considera una clasificación explícita de gravedad de las conductas infractoras, sino que fue ésta incorporada para efectos de su comparación con los demás órganos resolutiveos.

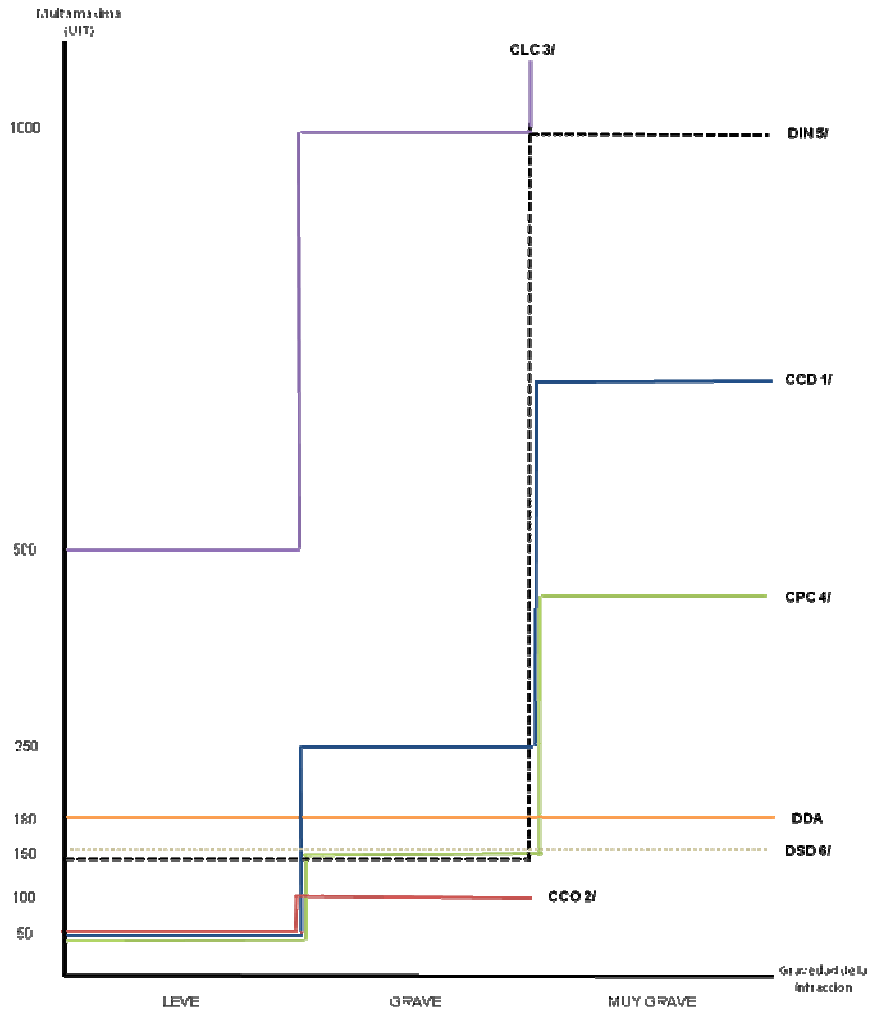
Se observa que la CLC es el órgano resolutiveo con capacidad para imponer las multas más altas en la institución. En efecto, en el caso de infracciones muy graves, la CLC puede imponer multas que superan las 1 000 UIT¹³.

Se observa también que la forma en que se estructuran las sanciones monetarias no es uniforme. En efecto, algunos casos, el límite para la sanción depende de la gravedad de la infracción (leve, grave, muy grave), mientras que en otros la ley ha provisto un límite uniforme para todas las infracciones.

¹² De acuerdo al Decreto Legislativo 25868, a las infracciones leves le corresponde una amonestación; a las infracciones graves, una multa de hasta dos UIT, y a las infracciones muy graves, una multa de hasta cinco UIT.

¹³ Siempre y cuando la multa no supere el 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas que corresponden al ejercicio inmediato anterior a la expedición de la resolución de la Comisión.

Gráfico A2.1
INDECOPI: LÍMITES DE LAS MULTAS, SEGÚN GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN
 (en UIT)



1/ La multa no debe superar el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor que corresponden al ejercicio inmediato anterior a la expedición de la resolución de la Comisión. No se tendrá en consideración lo anterior cuando: (i) El infractor no haya acreditado el monto de los ingresos brutos relativo a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio, o, (ii) El infractor se encuentre en situación de reincidencia.

2/ La Ley 27809 no considera una clasificación de las sanciones según gravedad de la infracción.

3/ Solo referido a infracciones al Decreto Legislativo 1034. La multa no debe superar el 8%, 10% o 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, que corresponden al ejercicio inmediato anterior a la expedición de la resolución de la Comisión dependiendo de si se trata de infracciones leves, graves o muy graves, respectivamente.

4/ La multa, en el caso de las microempresas, no puede superar el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, relativas a todas sus actividades económicas que corresponden al ejercicio inmediato anterior a la expedición de la resolución de primera instancia, siempre que se haya acreditado dichos ingresos, no se encuentre en situación de reincidencia, y el caso no verse sobre la vida, salud o integridad de los consumidores. En el caso de las pequeñas empresas, la multa no puede superar el 20% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a los requisitos antes señalados.

5/ En los casos en los que el provecho ilícito real obtenido de la actividad infractora sea superior a 75 UIT, la multa podrá llegar a ser el 20% de las ventas o ingresos brutos percibidos por la actividad infractora. El tope de 1000 UIT solo aplica para el caso de incumplimiento de las reglas aplicables a recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

6/ En los casos en los que el provecho ilícito real obtenido de la actividad infractora sea superior a 75 UIT, la multa podrá llegar a ser el 20% de las ventas o ingresos brutos percibidos por la actividad infractora.

Fuente: DL 1044, Ley 27809, DL 1034, Ley 26876, Ley 29571, DL 822, DL 1075.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Anexo 3: Ejemplos de cálculo de multas siguiendo la metodología propuesta

A continuación se presentan tres ejemplos de determinación de una multa óptima, los cuales han sido desarrollados sobre la base de casos reales referidos a temas de protección al consumidor, signos distintivos y competencia desleal. Los detalles particulares de cada caso (nombres de los denunciantes y denunciados, montos económicos involucrados, etc.) han sido cambiados.

1. Comisión de Protección al Consumidor

Supongamos que se produce un choque entre un vehículo asegurado con un Certificado contra Accidentes de Tránsito (en adelante, CAT) de una Asociación de Fondos contra Accidentes de Tránsito (en adelante, Afocat) y una bicicleta. De acuerdo al conductor de la bicicleta (en adelante, el denunciante), el choque le ocasionó lesiones graves (sordera total del oído izquierdo y sordera neurosensorial severa del oído derecho), por lo cual solicitó a la Afocat el pago por la cobertura que especifica el CAT por indemnización por incapacidad permanente.

La Afocat manifestó que el certificado médico presentado por el denunciante era ambiguo, ya que no especificaba que la incapacidad se presentó a consecuencia del accidente de tránsito. Indicó, además, que su auditor médico le había informado que la sordera diagnosticada al denunciante había sido causada por su edad. En tal sentido, la Afocat se negó al pago de la indemnización por incapacidad permanente.

La Comisión de Protección al Consumidor declaró fundada la denuncia puesto que la Afocat no presentó ningún documento que acredite que cumplió con brindar la cobertura solicitada por el denunciante o, en todo caso, con recurrir dentro del plazo legal al Instituto Nacional de Rehabilitación, entidad competente para resolver este tipo de discrepancias.

Para el cálculo de la multa óptima, corresponde en primer lugar determinar el beneficio ilícito obtenido por el infractor. En este caso, la Afocat obtuvo un beneficio ilícito por la falta de pago de la indemnización por incapacidad permanente del denunciante, la cual asciende a S/ 14 600 según la normativa de la materia. En este caso, el beneficio ilícito es exactamente igual al ahorro monetario de la Afocat al evitar incurrir en el pago de la indemnización por incapacidad permanente solicitada por el denunciante.

En segundo lugar, de acuerdo al análisis realizado por la Comisión, dado que la mayoría de los asegurados y beneficiarios de las empresas aseguradoras conoce sus derechos y las obligaciones legales que tienen que observar dichas empresas, la probabilidad de que un consumidor denuncie las conductas infractoras ante la autoridad de protección al consumidor es relativamente alta. Para efectos de este ejemplo se mantendrá la probabilidad determinada por la Comisión, esto es, 75%. En consecuencia, la multa base equivale a S/ 19 466,67 ($S/ 14 600 \div 0,75$).

En tercer lugar, es necesario determinar el monto del factor F . Para ello, se lleva a cabo un análisis cualitativo de las circunstancias atenuantes y agravantes del caso:

- La negativa injustificada de las empresas aseguradoras a autorizar el pago de beneficios o coberturas a los beneficiarios genera desconfianza en el mercado de seguros, en la medida que los consumidores no tienen la seguridad de sus gastos de la recuperación en caso de sufrir algún siniestro serán cubiertos.
- El infractor ha sido multado por la autoridad en dos ocasiones anteriores por negarse a cumplir con la cobertura ofrecida a los consumidores. Las respectivas resoluciones no fueron apeladas por la Afocat.

Considerando los hechos anteriores y de acuerdo a lo mencionado en la sección 2.3, el factor F es fijado en 2. En consecuencia, la multa óptima será igual a S/ 38 933,33 (S/ 19 466,67 \times 2) o, de manera equivalente, 10,67 UIT.

Cabe precisar que en este caso la Comisión siguió una metodología similar a la propuesta en el documento, en la medida que calculó la multa base como el beneficio ilícito obtenido por la Afocat dividido entre la probabilidad de detección. Sin embargo, para determinar la multa final no se utilizó dicho resultado sino que, considerando que se trataba de un infractor reincidente que anteriormente fue multado con 7,99 y 7,80 UIT, se fijó la multa en 8 UIT.

2. Dirección de Signos Distintivos

Supongamos ahora el caso de la empresa A que manifiesta ante la DSD ser titular de una marca de pegamento y que ha tomado conocimiento que la empresa B ha introducido al país barras de pegamento utilizando indebidamente el signo registrado. Como prueba de la denuncia interpuesta, la empresa A presentó impresiones de la Declaración Única de Aduanas (en adelante, DUA) de la empresa B, en la que se constata que esta última ha importado 2 000 cajas de barra de pegamento con la marca registrada.

Como parte del proceso de investigación de la denuncia, la autoridad realizó una diligencia de inspección en la que se verificó la existencia de 36 000 barras de pegamento con la marca registrada, por lo que procedió al comiso de los productos.

La empresa B manifestó que desconocía del registro de las marcas cuando adquirió la mercadería. Además, no se opuso al comiso ordenado y, por el contrario, brindó las facilidades del caso, comprometiéndose al cese de la importación y comercialización del producto en cuestión. Cabe precisar que la empresa B nunca antes ha sido denunciada por este tipo de infracciones.

Por su parte, la autoridad efectuó el examen comparativo entre el signo registrado y el signo de la mercadería importada por la empresa B. Del análisis realizado, concluyó que desde el punto de vista fonético el signo cuestionado resulta idéntico a la marca registrada; mientras que desde el punto de vista gráfico existe también similitud entre los signos confrontados. En consecuencia, determinó que se infringieron los derechos de propiedad industrial de la empresa A.

Para hallar el monto óptimo de la multa en este caso es necesario en primer lugar, calcular el beneficio ilícito asociado a la infracción. La empresa B importó mercadería con un signo distintivo cuyo titular es la empresa A; no obstante, debido a la intervención de la DSD, no llegó a comercializarla. En tal sentido, a pesar de que no obtuvo un beneficio a partir de la comercialización de mercancías con signo registrado por un tercero, la empresa B objetivamente ha cometido una infracción de derechos de propiedad industrial, por lo que corresponde imponerle una sanción. En este caso, se opta por calcular el beneficio ilícito potencial de la comisión de la infracción para la determinación de la multa óptima, es decir, se debe calcular el beneficio que habría obtenido el infractor en caso la conducta no hubiera sido detectada a tiempo por la autoridad.¹⁴

Para determinar el beneficio ilícito potencial de la infracción se necesitan los datos siguientes:

- Ingreso potencial de la empresa B por la comercialización de la mercadería: Este monto puede ser aproximado como el producto de la cantidad de barras de pegamento con la marca registrada que fueron incautados y el precio de mercado de los mismos. Supongamos que el infractor comercializa útiles de escritorio a nivel mayorista y que, de acuerdo a información presentada por la empresa A, el precio al por mayor de las barras de pegamento es igual a S/ 1,20. Considerando que se ha verificado la existencia de 36 000 barras de pegamento, el ingreso potencial de la empresa B asciende a S/ 43 200,00.
- Costo de la importación de la mercadería: De acuerdo a la información contenida en la DUA, el costo de importar las barras de pegamento fue igual a S/ 3 129,00.

El beneficio ilícito potencial de la empresa B se obtiene restando de su ingreso potencial el costo de la importación de la mercadería. De esta manera, el beneficio ilícito potencial de la empresa B es S/ 40 071,00 (S/ 43 200,00 – S/ 3 129,00).

En segundo lugar, es necesario determinar la probabilidad de detección de la infracción. De acuerdo al Cuadro 8, la probabilidad de detección asociada al uso indebido de la propiedad intelectual oscila entre 31% y 40%. En este caso, la empresa B no incurrió en conductas encaminadas a ocultar el signo registrado en la mercadería o en sus documentos aduaneros, sino que, por el contrario, consignó en la DUA la importación de barras de pegamento con la marca registrada. En tal sentido, es posible concluir que la probabilidad de detección de la práctica es relativamente alta. Asumiendo una probabilidad de detección de 40%, la multa base será igual a S/ 100 177,50 (S/ 40 071,00 ÷ 0,40).

En tercer lugar, es necesario determinar el factor *F*. Tal como se mencionó anteriormente, en este caso se observó una serie de circunstancias atenuantes, tales como:

¹⁴ Tal como se mencionó en el primer capítulo del documento, de acuerdo con el artículo 121° del Decreto Legislativo 1075, para determinar la sanción a aplicar la autoridad tendrá en consideración, entre otros, “el beneficio ilícito real o potencial de la comisión de la infracción”.

- La mercadería no llegó a ser comercializada.
- El infractor brindó facilidades para el comiso ordenado de la mercadería.
- El infractor se comprometió al cese de la importación y comercialización del producto.
- Es la primera infracción a las normas de propiedad industrial de la empresa B.

En consecuencia, el factor F ha sido fijado en 1,00. Con ello, la multa óptima asciende a S/ 100 177,50 (S/ 100 177,50 \times 1,00), lo cual equivale a 27,45 UIT.

Cabe mencionar que en este caso la multa fue fijada en dos UIT. De acuerdo a la información contenida en la resolución, para llegar a dicha cifra se llevó a cabo un análisis de tipo cualitativo en el que se tuvo en cuenta lo siguiente:

- La evidencia de la infracción incurrida, reflejada en la importación de productos que llevan un signo prácticamente idéntico a las marcas registradas base del reclamo.
- La empresa B incurrió en la infracción en calidad de importadora de los productos infractores y no como fabricante de los mismos.
- Los productos infractores no llegaron a ser efectivamente comercializados, aunque ello se debió a las acciones asumidas por la autoridad y no a una decisión adoptada *motu proprio* por la reclamada.
- El infractor absolvió el traslado del reclamo y asistió a la audiencia de conciliación a la que fue citada.

3. Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

Dependiendo de la información disponible, el beneficio ilícito también podrá ser aproximado como los costos ahorrados por el infractor en caso los bienes o servicios ofertados no se ajusten a lo que un consumidor razonablemente esperaría obtener.

Supongamos el caso de una empresa de telefonía móvil, la cual difundió en medios de comunicación masivos una promoción en virtud de la cual se ofrecía a todos los clientes prepago de la empresa “quintuplicar” el valor de las recargas de S/ 15,00 o más que se activaran para llamar a todos los teléfonos fijos y celulares del país en un periodo de diez días. Para los clientes sujetos al plan “tarifa plana” (en adelante, usuarios TP), acceder a la promoción implicaba un incremento de su tarifa por minuto, la cual se elevaba de S/ 0,50 a S/ 2,00. La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal determinó que dicho cambio en las tarifas para los usuarios TP implicó que los ellos no recibieran efectivamente una “quintuplicación” del saldo recargado, por lo que halló responsable a la empresa de telefonía de incurrir en actos de competencia desleal en la modalidad de engaño.

Tomando en consideración los datos disponibles así como las características de la práctica analizada, es posible calcular el beneficio ilícito como la diferencia entre el beneficio esperado y el beneficio efectivamente obtenido por los usuarios TP gracias a la promoción. Ello en el entendido que la empresa de telefonía móvil se apropió

indebidamente de un monto que debió ser entregado a los usuarios TP bajo la forma de minutos para hablar.¹⁵

Se sabe que la tarifa por minuto de los usuarios TP ascendía a S/ 0,50. En tal sentido, si un usuario realizaba una recarga de S/ 15,00, podía hablar durante 30 minutos. No obstante, durante la vigencia de la promoción el valor de dicha recarga se elevó a S/ 75,00 (S/ 15 x 5). En caso la tarifa se hubiera mantenido en S/ 0,50, el usuario habría podido hablar 150 minutos, con lo cual el beneficio esperado de la promoción sería igual a 120 minutos¹⁶ o, alternativamente, S/ 60,00¹⁷. El Cuadro A3.1 presenta estos datos, así como los referidos a las recargas de S/ 20,00, S/ 30,00 y S/ 40,00.

Cuadro A3.1

BENEFICIO ESPERADO POR UN USUARIO TP QUE ACCEDE A LA PROMOCIÓN

Valor de recarga (S/)	Sin promoción		Con promoción			Beneficio esperado	
	Tarifa (S/)	Minutos para hablar	Valor de recarga (S/)	Tarifa sin variación (S/)	Minutos para hablar	Minutos para hablar	Valor (S/)
15,00	0,50	30,00	75,00	0,50	150,00	120,00	60,00
20,00	0,50	40,00	100,00	0,50	200,00	160,00	80,00
30,00	0,50	60,00	150,00	0,50	300,00	240,00	120,00
40,00	0,50	80,00	200,00	0,50	400,00	320,00	160,00

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Considerando que al activar la promoción, la tarifa para usuarios TP se elevaba de S/ 0,50 a S/ 2,00, el beneficio esperado de los usuarios TP no es igual al que efectivamente obtuvieron. Siguiendo con el ejemplo anterior, un usuario que realizó una recarga de S/ 15,00 durante la vigencia de la promoción vio que el valor de su recarga se elevó a S/ 75,00; sin embargo, dada la elevación de la tarifa dicho monto sirvió para hablar 37,50 minutos. Con ello, el beneficio efectivamente obtenido por este cliente debido a la existencia de la promoción fue igual a 7,50 minutos, lo cual equivale a S/ 3,75 (ver Cuadro A3.2).

¹⁵ Para mayor ilustración supongamos el siguiente ejemplo: usted va a un supermercado y se encuentra con una promoción según la cual si compra dos bolsas de detergente, la tercera es gratis (usted paga dos bolsas y obtiene tres, es decir, no cumple con lo que ofrece en su publicidad). Si suponemos que el supermercado no entrega la bolsa adicional ofrecida en la publicidad, es decir, el supermercado se ahorra una bolsa, el beneficio ilícito que estaría obteniendo el supermercado al no cumplir con la promoción es equivalente a la diferencia entre lo que usted esperaba recibir (tres unidades) y lo que realmente obtuvo (dos unidades).

¹⁶ Diferencia entre los 150 minutos recibidos gracias a la promoción y los 30 minutos que hubiera recibido en su ausencia.

¹⁷ Costo de hablar durante 120 minutos, dada la tarifa vigente para usuarios TP.

Cuadro A3.2
BENEFICIO OBTENIDO POR UN USUARIO TP QUE ACCEDE A LA PROMOCIÓN

Valor de recarga (S/)	Sin promoción		Con promoción			Beneficio obtenido	
	Tarifa (S/)	Minutos para hablar	Valor de recarga (S/)	Tarifa con variación (S/)	Minutos para hablar	Minutos para hablar	Valor (S/)
15,00	0,50	30,00	75,00	2,00	37,50	7,50	3,75
20,00	0,50	40,00	100,00	2,00	50,00	10,00	5,00
30,00	0,50	60,00	150,00	2,00	75,00	15,00	7,50
40,00	0,50	80,00	200,00	2,00	100,00	20,00	10,00

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Tomando en cuenta los cálculos del beneficio esperado y del beneficio obtenido presentados en los cuadros anteriores, se tiene que por una recarga de S/ 15,00 el beneficio ilícito habría sido de S/ 56,25. El Cuadro A3.3 presenta un resumen del beneficio ilícito que habría obtenido un usuario TP para distintos niveles de recarga.

Cuadro A3.3
BENEFICIO ILICITO OBTENIDO LA RECARGA REALIZADA POR UN USUARIO TP QUE ACCEDE A LA PROMOCIÓN, SEGÚN MONTO DE RECARGA (Nuevos Soles)

Monto de recarga	Beneficio esperado	Beneficio obtenido	Beneficio ilícito
15,00	60,00	3,75	56,25
20,00	80,00	5,00	75,00
30,00	120,00	7,50	112,50
40,00	160,00	10,00	150,00

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Ahora bien, se puede argumentar que existen usuarios que hubieran realizado recargas durante la vigencia de la promoción, independientemente de la existencia de la misma. Es por ello que para calcular el beneficio ilícito total asociado a la práctica infractora es necesario saber cuántas recargas adicionales son directamente atribuibles a la vigencia de la promoción. Para ello se debe solicitar a la empresa de telefonía móvil los datos siguientes:

- Venta de recargas a usuarios TP durante la vigencia de la promoción, con periodicidad diaria.
- Venta de recargas a usuarios TP en los meses previos a la realización de la práctica, con periodicidad diaria.

Técnicas econométricas como los estudios de eventos permiten estimar la diferencia entre ambas series, la cual constituye el monto de recargas directamente atribuible a la vigencia de la promoción.



No obstante, supongamos que la empresa manifiesta a la autoridad que no cuenta con la información solicitada y, en su lugar, presenta solamente lo siguiente:

- Ingresos totales obtenidos por la venta de recargas a usuarios TP durante la vigencia de la promoción.
- Ingresos totales obtenidos por la venta de recargas a usuarios TP los seis meses anteriores a la realización de la práctica, con periodicidad mensual.

Considerando que la promoción tuvo una vigencia de diez días, si dividimos los ingresos obtenidos por la venta de recargas a usuarios TP durante la vigencia de la promoción entre diez obtendremos un aproximado del promedio diario de ventas de recargas a usuarios TP durante la vigencia de la promoción. De manera similar, considerando el número de días contenido en cada uno de los seis meses anteriores a la práctica, es posible calcular el promedio diario de ventas de recargas a usuarios TP en los meses previos a la realización de la práctica. La diferencia entre ambos valores constituye el monto promedio diario de recargas directamente atribuible a la vigencia de la promoción. Multiplicando dicho promedio diario por diez (número de días en que estuvo vigente la promoción) obtenemos el monto de recargas adicionales directamente atribuibles a la vigencia de la promoción.

Supongamos que, de acuerdo a la información remitida por la empresa, el monto calculado de recargas adicionales directamente atribuibles a la vigencia de la promoción asciende a S/ 3 000 000. Siguiendo la lógica expuesta en el cuadro A3.3, el beneficio ilícito obtenido por la empresa de telefonía móvil puede ser calculado como la diferencia entre el beneficio esperado y el beneficio obtenido por los clientes TP que recargaron S/ 3 000 000:

- En ausencia de la promoción, los S/ 3 000 000 hubieran servido para hablar durante 6 000 000 minutos ($S/ 3 000 000 \div S/ 0,50$).
- Debido a la vigencia de la promoción, el valor total de las recargas adicionales se convirtió en S/ 15 000 000 ($S/ 3 000 000 \times 5$).
- Si las tarifas se hubieran mantenido constantes, los usuarios habrían obtenido S/ 30 000 000 minutos para hablar ($S/ 15 000 000 \div S/ 0,50$).
- Con ello, el beneficio esperado por los clientes TP que realizaron recargas adicionales ascendería a 24 000 000 minutos o S/ 12 000 000.
- Sin embargo, el incremento de las tarifas significó que el valor total de las recargas sirvió para hablar 7 500 000 minutos ($S/ 15 000 000 \div S/ 2,00$).
- Por su parte el beneficio que efectivamente obtuvieron los clientes TP que realizaron recargas adicionales fue igual a 1 500 000 minutos o S/ 750 000.
- En consecuencia, el beneficio ilícito derivado del cambio en las tarifas en la promoción asciende a S/ 11 250 000, lo cual, en el 2011 equivale a 3 082,19 UIT (ver Cuadro A3.4).



Cuadro A3.4
BENEFICIO ILÍCITO DERIVADO DE LA PROMOCIÓN

	Valor de recarga (S/) (1)	Sin promoción		Con promoción			Resultado	
		Tarifa por minuto (S/) (2)	Minutos para hablar (3) = (1)/(2)	Valor de recarga (S/) (4) = (1)*5	Tarifa por minuto (S/) (5)	Minutos para hablar (6) = (4)/(5)	Minutos para hablar (7) = (6) - (3)	Valor (S/) (8) = (7)/(2)
Beneficio esperado	3 000 000	0,50	6 000 000	15 000 000	0,50	30 000 000	24 000 000	12 000 000
Beneficio obtenido	3 000 000	0,50	6 000 000	15 000 000	2,00	7 500 000	1 500 000	750 000
Beneficio ilícito derivado del cambio en las tarifas en la promoción (beneficio esperado - beneficio obtenido)								11 250 000

Nota: Los datos utilizados para la preparación el cuadro son ficticios.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Una vez determinado el beneficio ilícito asociado a la conducta infractora, es necesario determinar la probabilidad de detección para determinar la multa base y evaluar las circunstancias agravantes y atenuantes para determinar el valor del factor F .

No obstante, es preciso reparar en que, siendo que la probabilidad está expresada en porcentaje (0% - 100%), la multa base será siempre igual¹⁸ o superior¹⁹ al valor del beneficio ilícito. Considerando que el beneficio ilícito en este caso ha sido calculado en 3 082,19 UIT y que, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo 1044, el límite de las multas impuestas por la CCD en el caso de infracciones muy graves asciende a 700 UIT (ver Anexo 2), en este caso corresponderá imponer una multa igual al límite máximo considerado en la legislación, de acuerdo a lo indicado en el segundo capítulo de este documento.

Cabe mencionar que para definir la multa en este caso, la Comisión partió por definir el beneficio ilícitamente obtenido por la empresa de telefonía móvil como el 100% de los ingresos brutos obtenidos por las ventas de las recargas de los usuarios TP. De acuerdo a lo manifestado en la resolución, la Comisión consideró que la promoción fue decisiva para la generalidad de los usuarios TP quienes no habrían adquirido una recarga de no haberse difundido los anuncios infractores.

Adicionalmente, consideró como factores agravantes las siguientes circunstancias:

- La promoción fue publicitada de manera intensa a nivel nacional utilizando medios masivos como radio, televisión y prensa escrita, lo cual pudo generar un alto impacto recordatorio en los consumidores.
- La promoción generó una distorsión en el mercado en perjuicio de las expectativas de los usuarios TP que activaron su recarga y esperaron acceder a la promoción anunciada conforme era entendida por un consumidor, de acuerdo a un análisis superficial e integral de los anuncios.
- La promoción es capaz de atraer ilícitamente clientes potenciales de los competidores del infractor, toda vez que genera una falsa expectativa de una ventaja significativa.

En tal sentido, la Comisión concluyó que para que la multa cumpliera con su finalidad disuasiva, debería ser superior al 100% de los ingresos brutos obtenidos por las ventas de las recargas de los usuarios TP, más lo que correspondería agregar en virtud de los factores agravantes arriba mencionados. Sin embargo, los ingresos brutos obtenidos por las ventas de las recargas de los usuarios TP superaban el monto máximo legal establecido en la legislación, por lo que fijó la multa en dicho máximo (700 UIT).

¹⁸ Probabilidad de detección igual a 100%.

¹⁹ Probabilidad de detección inferior a 100%.