

## OECD – Latin American Competition Forum

### Session I

### Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements

#### - PERÚ -

En el Perú, el Indecopi<sup>1</sup> ha adquirido una importante experiencia tanto en el desarrollo de criterios adecuados para evaluar y acreditar la comisión de prácticas colusorias y abusos de posición de dominio (*análisis sustantivo*), como para la definición de multas y medidas correctivas. A la par de una modificación legal dirigida a mejorar la capacidad disuasiva de la agencia de competencia, en los últimos años se han desarrollado criterios más objetivos para la imposición de multas y se ha verificado un incremento en el nivel de las multas impuestas. Además, se encuentra en proceso de discusión una propuesta metodológica del Indecopi para la determinación de multas, que podría tener incidencia en las futuras decisiones de la autoridad.

Desde su creación, se ha dotado al Indecopi de la facultad de imponer multas a los agentes económicos, como una importante herramienta para la disuasión de conductas ilícitas que atentan contra la libre y leal competencia<sup>2</sup>, los derechos de consumidores y la propiedad intelectual. Ello, porque se ha reconocido que las actividades 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 impuestas.

En lo que respecta a la sanción de conductas anticompetitivas, resulta ilustrativo el primer artículo del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en tanto refleja la importancia de las sanciones para garantizar la eficacia de la política de competencia nacional:

*Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-*

*La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.*

Frente a la comisión de una conducta anticompetitiva, los órganos que en primera y segunda instancia se encargan de la aplicación del Decreto Legislativo 1034 –la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal (en adelante, la Sala)– pueden tomar medidas de dos tipos: a) multas y b) medidas correctivas. Mientras las primeras tienen como finalidad disuadir la futura comisión de infracciones (objetivo disuasivo), las segundas están dirigidas al restablecimiento del proceso competitivo (objetivo retributivo).

---

<sup>1</sup> Siglas del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, agencia de competencia peruana.

<sup>2</sup> **Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi**

**Artículo 2.- Funciones del INDECOPI.-**

2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva;

Ahora bien, las multas que la Comisión puede imponer –y que la Sala puede confirmar, reducir o eliminar– son consecuencia de haberse acreditado la comisión de una conducta anticompetitiva en el procedimiento sancionador iniciado para estos efectos. En ese sentido, son pasibles de sanción tanto las conductas de abuso de posición de dominio como las prácticas colusorias horizontales y verticales.

El procedimiento para el cálculo de la multa por infracciones a las normas de competencia, de forma similar a otras jurisdicciones pertenecientes a la OECD, en líneas generales corresponde a la siguiente secuencia: 1) establecer una multa base; 2) aplicar criterios de graduación; 3) aplicar el tope legal cuando corresponda; y 4) reducir la multa como consecuencia de una solicitud de exoneración de sanción (programa de clemencia).

Para definir la multa base se determina el beneficio esperado por la comisión de la infracción. Para ello, por lo general, se calcula el beneficio extraordinario derivado de la conducta y se le aplica un factor que refleja su probabilidad de detección. El cálculo del beneficio extraordinario suele realizarse recurriendo a las diferencias entre el precio resultante (o esperado) de la conducta y el precio competitivo<sup>3</sup>. Para el cálculo, se define un período durante el cual se hizo –o podría haberse hecho efectiva– la conducta investigada<sup>4</sup>.

La aplicación de criterios de graduación deriva de lo dispuesto por el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034<sup>5</sup>, entre los cuales podemos destacar la reincidencia y la intensidad del daño generado (en función al período y el perjuicio a los competidores o consumidores), además de la conducta procesal de los investigados. Este análisis sirve de fundamento para calificar la gravedad de la infracción (como leve, grave o muy grave) e incrementar (o eventualmente disminuir) el monto de la multa base previamente calculada.

Una vez determinada la multa base y aplicados los criterios de graduación, se utilizarán los topes (umbrales) legales para establecer la multa definitiva. Estos topes tienen como objetivo evitar que las multas tengan carácter confiscatorio y que no generen una disminución injustificada de agentes

---

<sup>3</sup> Por lo general, se utilizan los datos sobre precios y cantidades efectivamente comercializados. En determinados casos donde no se ha podido determinar la variación en las cantidades, tratándose de mercados altamente concentrados o relacionados con productos esenciales, normalmente se asume que la demanda es relativamente inelástica.

<sup>4</sup> Cuando se inicia un procedimiento sancionador sobre una conducta aun en curso, por lo general se considera el periodo comprendido entre la comisión de la conducta y la fecha de la Resolución de Inicio de dicho procedimiento.

<sup>5</sup> **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**  
**Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-**  
La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:  
(a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;  
(b) La probabilidad de detección de la infracción;  
(c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;  
(d) La dimensión del mercado afectado;  
(e) La cuota de mercado del infractor;  
(f) 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;  
(g) La duración de la restricción de la competencia;  
(h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,  
(i) La actuación procesal de la parte.

en el mercado. Los topes atienden simultáneamente a dos circunstancias: una cantidad de unidades impositivas tributarias (UIT) y los ingresos brutos percibidos por el infractor el año anterior, de acuerdo con la gravedad de la infracción:

Gravedad	Tope en UIT <sup>a</sup>	Tope en ingresos <sup>b</sup>
Leve	500 UIT	8%
Grave	1000 UIT	10%
Muy Grave	--	12%

a. UIT vigente para 2013 = 3700 nuevos soles ≈ USD 1330

b. Ventas o ingresos brutos del infractor o su grupo económico, derivados de todas sus actividades económicas, en el ejercicio inmediato anterior a la decisión de la Comisión

Finalmente, en caso de haberse sometido a un procedimiento de exoneración de sanción (también denominado *leniency program* o delación compensada), se aplicará la reducción que corresponda a la empresa solicitante, de conformidad con el marco legal aplicable<sup>6</sup>.

Es necesario observar que las personas naturales que, actuando en representación de las empresas investigadas, hayan participado en la comisión de las infracciones acreditadas, también podrán ser multadas hasta con 100 UIT. Asimismo, de verificarse reincidencia en los infractores, la nueva multa no deberá ser inferior a la anteriormente impuesta. Por último, es importante señalar que se aplicará un descuento del 25% a los infractores que paguen la multa dentro del plazo de apelación de la decisión de la Comisión.

En relación con la experiencia de la Comisión y la Sala en materia de sanciones, podemos hacer referencia, a modo de ejemplo, a los casos de Oxígeno Medicinal (2010) y de Prácticos Marítimos (2007).

El caso del Oxígeno Medicinal es uno de los más significativos en la historia reciente del Indecopi. Luego de una exhaustiva investigación, la Comisión determinó la existencia de un cártel entre las principales productoras de oxígeno medicinal para repartirse el mercado de licitaciones públicas de este producto a nivel nacional. En dicho caso no se contó con pruebas directas de la existencia de un acuerdo para repartirse el mercado entre las empresas, por lo que se utilizaron herramientas analíticas tales como indicios, presunciones y análisis de eventos («*event analysis*»).

Atendiendo a la modalidad de la infracción (reparto de mercado), la importancia del producto (directamente relacionado con la vida y la salud), el carácter continuado y la duración de la conducta (1994 – 2004), así como su alcance geográfico (a nivel nacional), la infracción fue calificada como *muy grave* y las multas impuestas, estimadas según el beneficio esperado<sup>7</sup> y la

<sup>6</sup> Conforme al artículo 26 del Decreto Legislativo 1034, en caso de que varios agentes económicos presenten solicitudes de exoneración de sanción, se aplicará una exoneración de la multa al primero que haya aportado pruebas de la existencia de la conducta y reducción de la multa a los demás solicitantes, en tanto cumplan con las condiciones exigibles legalmente.

<sup>7</sup> El beneficio extraordinario fue calculado como el equivalente a la diferencia de precios entre el precio adjudicado en cada proceso de selección (precio de concertación) y el precio que debió existir en condiciones de competencia (precio competitivo), multiplicado por la cantidad de oxígeno medicinal adjudicado a cada empresa investigada en los procesos de selección durante el periodo de la infracción.

probabilidad de detección<sup>8</sup>, reducidas conforme al tope legal entonces vigente, ascendieron a un total de 5749 UIT (aproximadamente USD 7.6 millones en 2010)<sup>9</sup>.

En el caso de los Prácticos Marítimos, la Comisión determinó la existencia de un abuso de posición de dominio por parte de una empresa que agrupaba a todos los prestadores del servicio de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, TPC), consistente en la implementación de una serie de conductas conducentes a establecer un monopolio por razones distintas a la eficiencia económica, imponer precios monopólicos y elevar barreras a la entrada al mercado de servicios de practicaje marítimo.

Las conductas que constituyeron un abuso de posición de dominio fueron: i) el establecimiento de contratos de exclusividad de plazo indefinido con la totalidad de los prácticos marítimos autorizados; ii) la negativa injustificada de entrenamiento de aspirantes a prácticos marítimos; iii) la predación a través de mecanismos administrativos y judiciales (*sham litigation*); y iv) la negativa injustificada a la prestación de servicios. Estas conductas tuvieron el propósito de mantener la posición de dominio de la empresa de practicaje, constituyendo en conjunto una clara estrategia de monopolización ilegal del mercado, lo que se tradujo en el ejercicio de conductas con efecto excluyente respecto de competidores actuales y potenciales, y que tuvo como consecuencia el aumento en el precio del servicio de practicaje marítimo en el TPC. La infracción fue calificada como grave.

Atendiendo a los beneficios extraordinarios de la conducta investigada<sup>10</sup> y la probabilidad de detección<sup>11</sup>, aplicando el tope legal entonces vigente<sup>12</sup>, la multa total ascendió a 81.2 UIT (aproximadamente USD 90 000 en 2007). Este monto incluye, además de la sanción a la empresa de practicaje, la sanción a las personas naturales que ocuparon los cargos de directores y gerentes de dicha empresa, debido a su directa participación en el diseño, dirección, coordinación y sostenimiento de las infracciones identificadas<sup>13 14</sup>.

---

<sup>8</sup> La probabilidad de detección se calificó como media alta, asignándole un valor de 0,75, debido a que la denuncia fue presentada al Sistema Nacional de Control (Indecopi tomó conocimiento ulteriormente) y también por las características particulares de la conducta investigada (la estrategia de «posturas de resguardo» y abstenciones por zonas geográficas).

<sup>9</sup> Esta decisión, pendiente de resolución en segunda instancia administrativa, puede encontrarse en: [http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RES\\_051\\_2010\\_CLC/Res051-2010.pdf](http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RES_051_2010_CLC/Res051-2010.pdf)

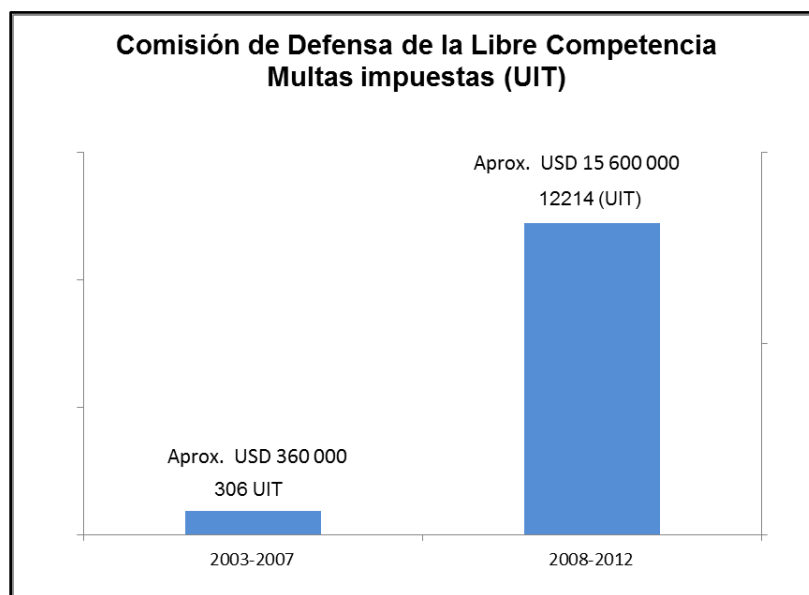
<sup>10</sup> El beneficio extraordinario se calculó en función al incremento de los precios del servicio de practicaje y al periodo en el cual la empresa de practicaje logró sostenerse como monopolio en el mercado relevante.

<sup>11</sup> A la probabilidad de detección se le asignó un valor de 1 (100%), toda vez que la Comisión consideró que su intervención era inevitable debido a que: i) el mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC había sido ya materia de análisis por parte de la Comisión en el año 2001; ii) mediante Resolución 0131-2003/TDC-INDECOPI, la Sala encomendó a la Comisión la supervisión cercana del funcionamiento del mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC, a fin de prevenir el empleo de mecanismos antijurídicos para el mantenimiento de la concentración económica en una sola empresa en dicho mercado; y, iii) el caso incluyó una diversidad de modalidades de abuso de posición de dominio que en conjunto constituyeron una monopolización ilegal del mercado de servicios de practicaje en el TPC.

<sup>12</sup> La multa base ascendió a 299,4 UIT. Sin embargo, considerando que la multa no debía superar el 10% de sus ventas o ingresos brutos percibidos correspondiente al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión, esta se redujo.

<sup>13</sup> Estas personas resultaron directamente beneficiarias con las conductas anticompetitivas implementadas, a través de dietas de directorio, remuneraciones por cargos gerenciales, remuneraciones por prestación de servicios de practicaje, repartición de utilidades como accionistas, entre otros. Además, ninguna dejó constancia de su oposición a las conductas anticompetitivas de la empresa de practicaje, por lo que fueron sancionadas con multas entre 2,3 y 9 UIT.

En la misma línea, es interesante observar el incremento en el volumen de las multas impuestas por la Comisión en último lustro (2008-2012), con respecto al anterior (2003-2007). Como se puede observar en el siguiente gráfico, el total de las multas impuestas en los últimos cinco años fue más de 40 veces el total de las multas impuestas en los cinco años anteriores:



Elaboración: Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Finalmente, es importante hacer referencia a una propuesta recientemente elaborada por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi para unificar los criterios en la determinación de multas en todas las áreas<sup>15</sup>, sustentándose en la teoría económica sobre la forma óptima en que el Estado puede hacer cumplir las normas (*public enforcement of law*)<sup>16</sup>, respetando al mismo tiempo los criterios establecidos en la legislación y la jurisprudencia. De esta manera, teniendo como objetivo la disuasión de conductas ilícitas, y respetando el principio de razonabilidad recogido en la Ley de Procedimiento Administrativo General (artículo 230), la propuesta busca ilustrar a las distintas áreas del Indecopi en la determinación de multas que efectivamente cumplan con su fin disuasivo, que éstas podrían aplicar sin requerir modificaciones del marco legal vigente, ni ajustes a los topes máximos de multas, como los mencionadas para los casos de defensa de la libre competencia.

<sup>14</sup> La decisión de la Comisión, confirmada por la Sala, puede encontrarse en: <http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RES037-2005/Res037-2005.pdf>

<sup>15</sup> Documento de Trabajo 01-2012/GEE: Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi. Disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/ger/docstrabajo/DocTrabN01-2012.pdf>

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo: BECKER, Gary, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, University of Chicago Press: Journal of Political Economy, Vol. 76, 1968, pp. 169-217. También; POLINSKY, A. Mitchell y Steven SHAVELL. *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Journal of Economic Literature, Vol. XXXVIII, Número 1, Marzo 2000, pp. 45-46

La propuesta establece una primera fórmula para la determinación de la multa en función al beneficio ilícito, que refleja en cierta medida la experiencia de la Comisión y la Sala. La propuesta desarrollada incorpora tres elementos, los cuales se combinan de la manera siguiente:

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

Donde:

- El beneficio ilícito se refiere al beneficio (ingresos menos costos) obtenido por el infractor al desarrollar la práctica.
- La probabilidad de detección y sanción de la infracción por parte del Indecopi actúa como ponderador del beneficio ilícito. Esto quiere decir que, a mayor dificultad para descubrir la práctica ilícita, mayor será la multa; mientras que si la conducta es fácilmente identificable (probabilidad de detección cercana al 100%), la multa se aproximará más al valor del beneficio ilícito.
- $F$  es un factor que recoge el balance de todos los atenuantes y agravantes de la infracción y fluctúa entre 0,75 y 2. El valor de  $F$  determinado por la Comisión sobre la base de un análisis cualitativo de las circunstancias asociadas a la comisión de la infracción y la conducta procesal del infractor.

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. Tal es el caso de las infracciones que afectan la vida, la salud, la integridad o el patrimonio de los consumidores. En estas circunstancias, la propuesta indica que la multa debería ser estimada en función al daño generado por la infracción, tal como se aprecia en la fórmula siguiente:

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

Como complemento a la propuesta anterior, el documento de trabajo contiene también referencias sobre cómo calcular el beneficio ilícito, tablas con probabilidades de detección para las infracciones más frecuentes y recomendaciones sobre cómo proceder cuando la multa resulta mayor que el límite máximo imponible. La adopción de esta propuesta busca también contribuir con la transparencia y predictibilidad respecto a la imposición de sanciones por parte del Indecopi. A tal efecto, el documento recoge no sólo las opiniones y comentarios de los órganos resolutivos del Indecopi sino también la de estudios de abogados, gremios y empresas pertenecientes al sector privado.

En síntesis, el marco legal peruano ha permitido al Indecopi desarrollar y aplicar criterios objetivos y transparentes para sancionar la comisión de prácticas colusorias y abusos de posición dominante. Ello se ve reflejado tanto en la jurisprudencia del Indecopi como en el incremento en los últimos años del monto de las sanciones aplicadas. Finalmente, la propuesta metodológica de la Gerencia de Estudios Económicos para la determinación de multas, dirigida a brindar mayor transparencia y predictibilidad, podría tener incidencia en las futuras decisiones de la autoridad.