

SERIE ESTRATEGIAS DE ENFORCEMENT

Nº 3

Foro Internacional

Mejores prácticas y lecciones en el ejercicio de la supervisión, fiscalización y sanción

5 de noviembre de 2014 Lima - Perú



INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Nº 3

ENFORCEMENT

SERIE ESTRATEGIAS DE

Mejores prácticas y lecciones en el ejercicio de la supervisión, fiscalización y sanción

Foro Internacional
5 de noviembre de 2014
Lima - Perú

Setiembre, 2015.



INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

INDECOPI

Serie Estrategias de Enforcement

N° 3 Mejores prácticas y lecciones en el ejercicio de la supervisión, fiscalización y sanción.

Año 1 Número 3, INDECOPI, Lima, 2015.

Área: Ciencias Sociales

Formato: 17 x 24 cm.

Páginas: 246

SERIE ESTRATEGIAS DE ENFORCEMENT

Año 1 N° 3, setiembre 2015.

Copyright © 2015 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Calle De la Prosa N° 104 – San Borja, Lima, Perú. Teléfono: (51-1) 224-7800

Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe

Sitio web: www.indecopi.gob.pe

Transcripción escrita de las exposiciones orales desarrolladas en el “Foro Internacional: Mejores prácticas y lecciones aprendidas en el ejercicio de la función de supervisión, fiscalización y sanción”.

Ortografía, sintaxis y edición: Sara Chávez Urbina.

Supervisión y revisión de la edición: Giovana Hurtado Magán, Directora de la Escuela Nacional del Indecopi.

Las fotografías son del archivo del Indecopi.

1era. edición. Editado en agosto 2015.

Diseño, diagramación e impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa. Pasaje María Auxiliadora N° 156-164 Breña, Lima.

Impreso en Lima, Perú. Setiembre 2015.

Tiraje: 200 ejemplares.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-12394

ISSN 2413-0885

La información contenida en este documento puede ser reproducida parcialmente, informando al Indecopi y mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas.

Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento. No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género.

Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por los autores, son de su exclusiva responsabilidad y no necesariamente reflejan las opiniones del Indecopi.

La Serie Estrategias de Enforcement del Indecopi acoge con equidad y neutralidad la producción intelectual y/o técnica de renombrados especialistas, propiciando el análisis, debate y reflexión de experiencias y prácticas sobre las políticas y herramientas que fomentan el cumplimiento de las normas de orden público.



Consejo Directivo

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga	Presidente
María Elena Juscamaita Arangüena	Consejera
Laura Berta Calderón Regio	Consejera
Juan Alejandro Flores Castro	Consejero

Consejo Consultivo

Richard Webb Duarte
José Ricardo Stok Capella
Alberto Nabeta Ito

Gerente General

Juan Joel De la Cruz Toledo

Directora de la Escuela Nacional del Indecopi

Giovana Hurtado Magán

Contenido

PRESENTACIÓN

Hebert Tassano Velaochaga, Presidente del Consejo Directivo del Indecopi 9

TEMA I. EL MODELO ÓPTIMO DE ENFORCEMENT 11

CHILE. El modelo óptimo de enforcement: Una mirada regulatoria.
Javier Tapia Canales. Ministro Titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 13

TEMA II. ENFOQUES Y ESTRATEGIAS DE SUPERVISIÓN Y CONTROL 49

BRASIL. Estrategias de supervisión en protección al consumidor.
Alessandra de Almeida. Secretaría Nacional del Consumidor. 51

CHILE. Proyecto de Ley que modifica la ley 19.496 Protección de los derechos de los consumidores y fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor.
Rodrigo Andrés Romo Labisch. Jefe de la División de Consumo Financiero del Servicio Nacional del Consumidor. 65

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Mejores prácticas en la supervisión de la publicidad en los Estados Unidos.
Sarah Waldrop. Comisión Federal de Comercio. 83

PERÚ. Fortalecimiento de la supervisión para garantizar el cumplimiento de la ley.
Tessy Torres Sánchez. Gerenta de Supervisión y Fiscalización del Indecopi. 99

TEMA III. EXPERIENCIAS EN GRADUACIÓN DE SANCIONES 121

COLOMBIA. Dosificación de sanciones. Artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.
Carolina Liévano Liévano. Asesora de la Superintendencia de Industria y Comercio. 123

COLOMBIA. Sistema de dosificación de sanciones en protección al consumidor en Colombia.
Dennis Sánchez Navarro. Integrante del grupo de estudios económicos de la Superintendencia de Industria y Comercio. 143

CHILE. Metodología de cálculo de multas en materia de libre competencia: Una propuesta.
Javier Tapia Canales. Ministro Titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 157

PERÚ. Criterios generales para la graduación de sanciones y herramientas para la valoración del daño.
José Luis Bonifaz. Director de la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico. 171

PERÚ. Aplicación de metodologías para graduación de sanciones en el Indecopi
Karina Montes Tapia. Ejecutiva de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, Indecopi. 201

PALABRAS DE CIERRE DEL FORO INTERNACIONAL
Tessy Torres Sánchez, Gerenta de Supervisión y Fiscalización del Indecopi. 223

RECORRIDO FOTOGRÁFICO 225

Presentación



El 5 de noviembre de 2014 en la ciudad de Lima, se llevó a cabo el “Foro Internacional: Mejores prácticas y lecciones aprendidas en el ejercicio de la función de supervisión, fiscalización y sanción”, organizado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), con el objetivo de compartir estrategias y experiencias a nivel internacional vinculadas a dichas funciones, contando con la participación de representantes y expertos académicos de organismos públicos de Brasil, Colombia, Estados Unidos y Perú.

La agenda planteada permitió crear espacios de discusión respecto de la labor que asumen los organismos públicos para garantizar el cumplimiento de las normas, y a través de ello contribuir con el logro de los objetivos de política pública que justifica la existencia de la regulación, para lo cual se requiere fortalecer la función de fiscalización, entendida como macroproceso: supervisión, fiscalización y sanción.

El Foro se inició con un importante análisis respecto al modelo óptimo de enforcement, que lleva a la reflexión respecto de las variables, factores y mejores estrategias que las entidades del sector público tienen para promover en los agentes del mercado el cumplimiento voluntario del marco normativo; ello en beneficio de todos los ciudadanos.

Asimismo, se incidió respecto de la necesidad de complementar las estrategias de prevención, educativas y promotoras con acciones de disuasión, para lo cual es necesario lograr mayor eficiencia en el ejercicio de la función de supervisión y fiscalización.

En la última parte de la jornada se difundieron los criterios y experiencias en graduación de sanciones, utilizando reglas económicas y aplicando instrumentos

de valoración económica, para cuantificar el impacto que las conductas infractoras tienen en el mercado, todo ello en búsqueda de mejorar la razonabilidad en la imposición de sanciones, brindando predictibilidad en el accionar de las instituciones.

Como promotor y anfitrión de este evento, es muy grato para el Indecopi poner a disposición de la sociedad en general esta publicación, que muestra las acciones tanto de nuestra institución como la de organismos internacionales similares, en favor del fortalecimiento de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción, con un enfoque multidisciplinario y con la finalidad de implementar las estrategias más efectivas en búsqueda de lograr en nuestros administrados el cumplimiento voluntario de las normas.

Hebert Tassano Velaochaga

Presidente del Consejo Directivo del Indecopi

TEMA I:

EL MODELO ÓPTIMO DE ENFORCEMENT

Nota del editor:

En la transcripción oral a texto de las exposiciones se ha respetado la variedad del español utilizada por los ponentes.

Chile



JAVIER TAPIA CANALES

Ministro titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Abogado por la Universidad de Chile, Máster en Regulación con mención en Network Industries de la London School of Economics and Political Sciences del Reino Unido; Máster of Philosophy y Doctor en Derecho de la University College London (UCL), Reino Unido. Director de Asuntos Jurídicos de la Asociación de Generadoras de Chile, profesor en la Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile e investigador asociado al Centre for Law, Economics and Society de UCL. Entre 2011 y 2012 se desempeñó en el cargo de Jefe de División Estudios y Promoción de la Fiscalía Nacional Económica. Cuenta con diversas publicaciones, tanto en Chile como en el extranjero, y ha participado como expositor en conferencias nacionales e internacionales.

El modelo óptimo de *enforcement*: Una mirada regulatoria.



Primero que todo, muchas gracias al Indecopi por la invitación; especialmente a Tessy Torres.

Estoy agradecido no sólo por estar aquí en el Perú, donde es siempre un agrado venir, sino sobre todo porque me han invitado a hablar de un tema muy interesante, como es la política de persecución y sancionatoria en el ámbito regulatorio.

Me corresponde ahora, según me han solicitado, dar una breve introducción al modelo "óptimo" de *enforcement*. Para esto, mostraré cómo se ha avanzado en esta materia en los sistemas latinoamericanos y cuáles son los desafíos que hay hacia el futuro.

Al final, espero demostrarles que más que optimalidad, la adecuación es un criterio igual de exigente, pero más acertado para la política regulatoria.

Caveats

- El *disclaimer* habitual: opiniones son estrictamente personales
- Mi *background*: libre competencia
 - Experiencia y ejemplos provienen mayoritariamente de esta área

Antes de comenzar, tengo que hacer algunas advertencias previas.

Primero, mis opiniones son personales. Como ustedes saben, soy parte de un Tribunal colegiado; somos cinco ministros y, por tanto, ¡tenemos alrededor de quince opiniones por cada uno de los temas! (considerando además que dos ministros son economistas).

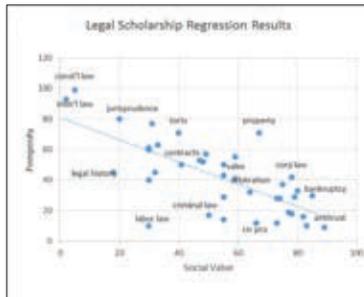
A varios de ustedes supongo que les habrá pasado lo mismo en diversas comisiones en las que han trabajado. La segunda advertencia previa es sobre mi *background*.

Yo sé que aquí hay un público bastante diverso, gente que viene del área del derecho del consumidor, competencia, propiedad industrial o intelectual; quizás de otras áreas.

Mi *background* es más que nada de libre competencia, por lo tanto los ejemplos de mi propia experiencia provienen mayoritariamente de esa área.

¿Por qué Libre Competencia?

- Es menos pomposo y aporta más valor social que otras ramas de la investigación jurídica:



- Coefficiente: -0.54; 1% de nivel de significancia; R-squared = 0.28.

3

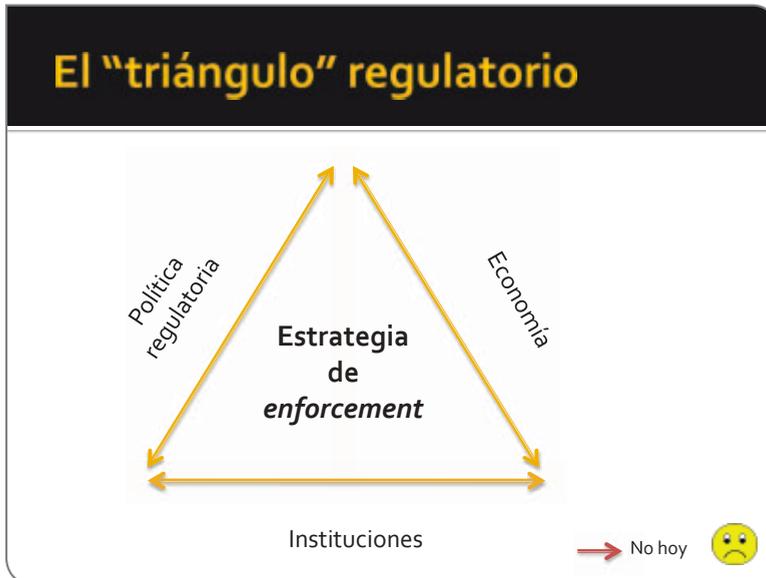
Pero no es sólo esto lo que justifica mi elección de los ejemplos. Más allá de mi experiencia personal, una de las cosas por las cuales me gusta la libre competencia es por lo que muestra esta regresión que alguien hizo: es un área bastante menos pomposa que otras, pero que aporta más valor social. No sé cuán cierto será, pero ahí está...

Finalmente, otras dos advertencias que no anoté y que también son relevantes.

La primera, importante por la diversidad del público, es que soy abogado. Esto es lo más cercano a decir que uno es un costo de transacción, así que les pido disculpas inmediatamente por el *approach* legal que pueda tener alguna parte de la presentación.

La segunda, justificada especialmente por el foro donde me encuentro (Indecopi), es que en la presentación muestro imágenes tomadas de Internet que podrían estar sujetas a *copyright*, las cuales utilizo sólo con fines académicos de esta presentación.

El “triángulo” regulatorio



Bueno, comencemos. Permítanme partir por este “triángulo regulatorio”. Esto lo hago con bastante temor, pues la última vez que un chileno hablo de triángulo acá fue pifiado completamente. Yo sé que es un tema sensible, pero sólo me di cuenta del peligro después de preparar la ponencia, así que permítanme de todos modos hablar de “triángulo regulatorio” y mostrarles cuál es la idea detrás de él.

La idea subyacente es que el *enforcement* es dependiente de las visiones que tengamos en materia de política regulatoria, en materia económica y en materia institucional.

Hoy día voy a referirse más que nada a la primera, que es donde se enmarcan múltiples objetivos que pueden justificar el *enforcement*; objetivos que pueden ser más o menos cercanos a lo económico o a lo social; y objetivos que dependen además de las visiones (económicas) que se tengan respecto de distintos problemas.

Esta última, que corresponde a la segunda parte del triángulo, la trataré de modo general, mientras que la parte institucional quedará para un futuro análisis, si se da la oportunidad.

Dos enfoques tradicionales



Disuasión

Cumplimiento

- En Latinoamérica predomina la disuasión
 - La “fuerza de la ley” es usada para demandar acciones positivas, prohibir ciertas formas de conducta o establecer condiciones de entrada a un sector

Desde la óptica regulatoria, existen dos enfoques tradicionales respecto del *enforcement*, los cuales son concebidos como contrapuestos. Uno es el enfoque de “disuasión”; el otro, el enfoque de “cumplimiento” (nótese que la nomenclatura sólo responde a una confusa traducción latinoamericana del original en inglés).

La disuasión –por lejos predominante en Latinoamérica– apela fundamentalmente al uso de “la fuerza de la ley”. Se corresponde de forma más o menos perfecta con las clásicas nociones de los códigos civiles deomonónicos, en el sentido que se demandan acciones positivas, se prohíben ciertas formas de conducta o ellas se permiten (sin perjuicio que el permiso sea sujeto, por ejemplo, a ciertas condiciones de entrada). El cumplimiento, en cambio, enfatiza la voluntariedad.

La diferencia basal entre uno y otro enfoque dice relación con cuánto creemos que las firmas privadas van a cumplir con la ley: o la hacemos cumplir “a palos” (si me permiten la expresión) o los agentes cumplirán de una forma menos coactiva.

El grado de intervención regulatoria (que, como veremos, debe ser siempre selectiva), depende de esta distinción.

Esta visión tradicional suele presentarse como dicotómica, por lo que acentúa –a mi juicio con demasiado ahínco– las diferencias entre enfoques. En la práctica, las distinciones entre ambos suelen ser una cuestión de grado.

Sin embargo, la dicotomía sirve para ilustrar y quizás explicar la dirección que ha tomado en general el *enforcement* en Latinoamérica. Nuestros sistemas jurídicos han tendido a operar demasiado en el lado de la disuasión, tal vez por la influencia extrema del principio de legalidad y por el enfoque civil y penal que, como vamos a ver, marca nuestras estrategias regulatorias de *enforcement*; en contraposición al enfoque de *managment* que subyace a una estrategia de “cumplimiento”.

Disuasión como enfoque base

- Principalmente uso de normas de C&C:
 - Ejercicio de influencia a través de la imposición de reglas aparejadas a una sanción (o una recompensa)
 - Mayoría de normas de C&C son “reglas”, no estándares o principios
- *Ojo!*: regulación por incentivos tb. usa sanciones (y recompensas)
 - Diferencia es de “precisión” en un espectro
 - En C&C se eliminan o definen alternativas posibles



La disuasión utiliza primariamente normas denominadas de “comando y control” (“C&C”). Esto es, reglas que llevan aparejada una sanción. Esta última puede ser cambiada por una recompensa, al menos en teoría, pero en general se utilizan sanciones.

De hecho, como contraposición a las normas de C&C, en materia regulatoria se suele hacer mención a la denominada “regulación por incentivos”, fundándose en este punto. Sin embargo, la contraposición no es tan fuerte como suele afirmarse: las normas por incentivo también pueden hacer uso de sanciones, al igual como utilizan recompensas. Por ahora sólo me interesa relevar el punto de que al igual que como ocurre con la dicotomía “disuasión” vs. “cumplimiento”, la contraposición en este caso tampoco es tan fuerte como pareciera. El problema es de grado, de precisión, siendo la norma de C&C la más precisa.

Así, si una regla nos dice, por ejemplo, “no conduzca a más de 60 kilómetros por hora”, si uno supera ese límite se le pasa una multa, casi automáticamente. Quizás

la regla puede no justificarse en ciertas ocasiones. En el ejemplo anterior, bien puede ser que en ciertas calles o caminos se podría andar más de 60 kilómetros por hora sin peligro alguno, sin consecuencias dañosas. Pero lo indudable es que la regla es clara: “aunque pueda, no realice la conducta”.

La búsqueda de claridad es lo que justifica que la mayoría de las normas de C&C sean reglas, no estándares o principios. Como nos enseña Alexi, la regla es la norma que mayor precisión posee. Las normas de C&C son reglas que establecen sin mayores dudas (al menos no más que otras normas) si una conducta se puede o no llevar a efecto, y cuál es la consecuencia aparejada al incumplimiento.

C&C como base de la disuasión

■ Fortalezas:

- Claridad
- Transparencia



“El público... puede estar seguro que el poder de la ley es usado tanto de forma práctica como simbólica en su ayuda”

■ Debilidades potenciales:

- “Captura”
- Legalismo
- Problemas de información
- Cumplimiento forzado (*enforcement*)

La precisión de la norma de C&C le otorga una ventaja no menor frente a otras: elimina alternativas de comportamiento y discrecionalidad. La regla es clara, es transparente; las firmas saben a lo que tienen que atenerse, saben cómo tienen que comportarse; y el regulador sabe cuándo tiene o no “detonar la bomba” de la sanción. Hay una frase que a mí me gusta mucho porque resume de gran forma todo lo que es el “C&C”: *“El público puede estar seguro que el poder de la ley es usado tanto de una forma práctica como simbólica en su ayuda”*.

Ahora bien; las normas de C&C, las normas claras, se avienen bastante bien con todos quienes vivimos en un sistema jurídico de tradición continental. Cierto. En alguna medida, todos, reguladores y regulados, nos sentimos relativamente cómodos con ellas. Sin embargo, tienen también problemas insolubles.

Primero, el exceso de legalismo: el peligro de “llenarnos de normas” y poner demasiadas trabas a la iniciativa económica.

Luego, están los problemas de información: no solo para crear la norma necesitamos niveles de información bastante grandes (información “completa” o lo más cercano posible a ella) acerca de cuál va ser la práctica que vamos a prohibir, mandar o permitir. Además, su aplicación requiere importantes niveles de información. En general, se requiere un control, un dominio bastante importante de la conducta para saber si se cumplió o no con la norma y aplicar el adecuado nivel de reacción, de *enforcement*. Luego volveré sobre este último punto.

En tercer término, las normas de C&C pueden llevar el peligro de “captura”. En teoría (al menos en teoría), las firmas podrían contribuir a que se dictaran normas claras en su favor. En el extremo, por la vía de la captura, una firma podría quedar amparada por una norma que la favorece al 100%, habilitándola para hacer algo que no debería poder hacer. No digo que otras normas no puedan ser susceptibles de captura. El argumento es que, dada la claridad de la norma (y lo difícil de cambiarlas en nuestros sistemas legales), los incentivos a capturar al creador de la norma aumentan bajo un esquema de C&C.

Base en derecho penal

- Idea kelseniana (1960): la esencia del derecho es la organización de la fuerza
 - Contrastar con Hart (1994): sanción es secundaria
 - Idea extremada en Austin (1954): derecho como órdenes coercitivas
- Visión tradicional: sanción (admin.) es retributiva
 - Es una forma de represión estatal
 - Debe cumplir -en principio y con matices importantes- con consideraciones de justicia retributiva, de naturaleza garantista, desarrolladas y maduras en el ámbito Penal
 - No distingue principios sustantivos de procedimentales

En la base de las normas de C&C y de todo el *enforcement* tradicional está la idea kelseniana de que la esencia del derecho, la esencia de las normas, es la

realización de la fuerza. Como algunos sabrán, para otros filósofos del derecho esta es secundaria, como en Hart, para quien las sanciones son secundarias, pues los individuos cumplen voluntariamente (de nuevo disuasión versus cumplimiento), cumplen cuando no cumplen la sanción. En el otro extremo está Austin, que dice que el derecho se compone sólo de órdenes coercitivas: si no hay una orden que mande, prohíba o permita, no existe derecho.

Independiente de estas discusiones, lo esencial está en la reacción. Esto quiere decir que la sanción administrativa se concibe como primordialmente retributiva, como una forma más de represión estatal cuya base conceptual está en el derecho penal. Esto se repite a lo largo de toda Latinoamérica y transversalmente en las distintas áreas del derecho público. La consecuencia es que se debe cumplir con estándares penales, aunque con matices importantes atendida la naturaleza administrativa de los temas de los que aquí estamos hablando (propiedad intelectual, consumidor, libre competencia, etc.).

Al mismo tiempo, el derecho debe proveer de ciertas garantías mínimas frente a esta reacción estatal. Por lo tanto, la litigación que uno suele encontrar en la práctica de tribunales es de tipo garantista: si se cumplió o no se cumplió con el debido proceso, si se cumplió o no con las garantías probatorias, si se cumplió o no con ciertos estándares de notificación y emplazamiento, etc. La protección individual adopta un lugar primordial en el esquema de disuasión.

El modelo "óptimo" de sanciones

- Becker (1968): Probabilidad de detección y sanciones son sustitutos en materia de *enforcement*
 - Nivel óptimo: los costos esperados de la sanción deben exceder los costos de las ganancias de cometer la infracción, considerando la probabilidad de detección
 - Base en Bentham (1945), pero con diferencias importantes
 - No existe una disuasión total, sino sólo "óptima"
 - No toda conducta negativa es castigada (!)

En este contexto filosófico, la economía también tuvo algo que aportar. Y de mucha relevancia. A finales de los años sesenta, principios de los setenta, Gari Becker dijo “a este análisis se le debe poder aplicar el sistema de precios” (la ciencia económica le pone precio a todo); es decir, el crimen debe tener un precio y la sanción un costo. Y este costo tiene que exceder las ganancias de cometer el crimen, considerada la probabilidad de detección. (Nótese que Becker utiliza el lenguaje “criminal”, pero esto no es relevante para nuestros propósitos hoy).

Esta es la ecuación, el cálculo mental, con la que jugaría un supuesto infractor, basado en un simple análisis de costo/beneficio (esto es una idea antigua, con base Bentham); y lo mismo debiera considerar el regulador al establecer el sistema sancionatorio.

Pero más relevante que eso, es que subyacente a este modelo está la idea de que no existe la disuasión total de las conductas reprobadas por el derecho. Hay un cierto nivel de criminalidad o incumplimiento mínimo que no es conveniente perseguir. Esto es, hay un nivel óptimo, no total, para sancionar.

Aquí hay un número de individuos que se va seguir “portando mal” y no los vamos a detectar; y es óptimo, bueno socialmente, que así sea, porque sus ganancias son mayores a los costos que le estamos poniendo a los sistemas al tratar de hacerlo. Los recursos escasos del *enforcement* deben, entonces, ser debidamente enfocados.

¿Cómo determinar el óptimo?

- **Costo de infringir:** “daño neto causado a otros” (Landes, 1983)
 - Incluye: sobreprecio, duración de la conducta, efecto paraguas de un cartel, efecto en tasa de costo de capital, etc.
 - Depende de nivel de multa, acciones civiles (litigación privada), sanciones civiles y sanciones penales
 - *Alternativa:* ganancias del infractor (Wils, 2008)
- **Probabilidad de detección**
 - Posible de aumentar: por ej., *leniency*, *compliance*
 - Pero generalmente baja o no considerada en los modelos

Ahora, ¿cómo determinamos el *enforcement* óptimo? Para responder a la pregunta sobre cuánto cuesta infringir hay varios modelos. El más utilizado es el del “daño neto causado a otros”. Esto incluye, por cierto, muchas cosas. Por ejemplo, imaginemos un cartel clásico: dos, tres, cuatro firmas que se ponen de acuerdo para subir los precios de un determinado producto en un mercado. El daño neto a otros incluye, por cierto, ese sobreprecio. Este es el primer componente, cuyo cálculo es de por sí difícil, pues debe considerar el período por el cual duró el cartel (el alza de precios).

Un par de ejemplos. En Chile fue recientemente sancionado en sede de libre competencia un cartel en la industria del pollo. Ustedes saben que en Latinoamérica generalmente los pollos son parte importante de la dieta y, por eso, parecen importarnos bastante. Aquí en Perú también hubo un caso grande sobre los pollos, en México otro... y así. El cartel en Chile duró doce años. Por lo tanto, uno tendría que sumar las doce alzas anuales de precios del producto. Como se imaginarán, esto requiere mucha información. O bien uno podría tomar un año representativo (el último previo al cartel, por ejemplo) y multiplicarlo por doce. Pero, ¿cómo saber qué es un año representativo?

En Chile también sancionamos en sede de libre competencia un cartel de las farmacias. A nosotros no sólo nos gusta el buen pollo (y barato), sino también somos adictos a los ansiolíticos y antidepresivos (en realidad los productos afectados eran anticonceptivos...). Como dato anecdótico, en Chile las farmacias tienen una importancia considerable como canal de *retail*. Por eso y por los productos involucrados, esto fue algo muy fundamental para el consumidor. El cartel de las farmacias duró cinco años más o menos, período por el cual hay que calcular el sobreprecio causado, cualquiera sea la medida de éste.

Sin embargo, ese daño no es el único que produjeron las farmacias, los pollos, ni el que produce los carteles en general. Hay también un elemento llamado “efecto paraguas”. Supongan que no solo las tres cadenas de farmacias que se coludieron subieron el precio, sino que hay otra más al lado que, no obstante no estar coludida, aprovechó su oportunidad y también subió el precio de los productos; quizás no tanto como las otras, pero subió el precio un poco por sobre el nivel competitivo. Esa conducta sólo ocurrió por la existencia del cartel. Ese es el efecto paraguas; el cual tiene que estar considerado en el daño neto.

De modo similar (no alcanzo a explicar por razones de tiempo), el costo de capital también aumenta muchas veces, debido a las ganancias superiores a las normales.

El punto es que hay muchos conceptos incluidos en el daño neto causado a otros. Por lo tanto, este último es bastante complicado de calcular. Además, se debe considerar si se aplican sólo multas (como suele ocurrir en nuestros

ordenamientos jurídicos) o si, por el contrario, también existe la posibilidad de presentar acciones civiles, si existen sanciones penales, etc.

Alternativamente al daño neto causado a otros, es posible intentar calcular las ganancias ilícitas del infractor, lo que suele simplificar el método de cálculo. Durante la tarde hablaremos en extenso de este punto. Por ahora baste concluir, resumiendo, que es posible calcular el costo de infringir y que hay un precio concreto por esto.

En cuanto a la probabilidad de detección, en nuestros sistemas por lo general ella parece ser más bien baja. En materia de libre competencia se ha tratado de aumentar a través de distintas formas, incorporando programas de leniency, facultades de allanar, interceptar comunicaciones, etc. Asimismo, es posible adoptar otras medidas, como mejorar las legislaciones o aumentar recursos a la agencia encargada del *enforcement*. Sin embargo, atendida la imposibilidad de determinar cuántos carteles *no* se descubren, la determinación de la probabilidad permanece en el plano teórico. Por ejemplo, cuánto se debiesen aumentar los recursos no es claro: ¿duplicar o triplicar la cantidad de personas que trabajan en Indecopi? Por esto, el foco es establecer un precio por sanción más alto que el precio por infringir, sin considerar la probabilidad de detección (en la cual, por lo demás, las firmas parecen poner menos atención).

Por esto nos preocupan tanto las multas

- Sanción más relevante y usual en la práctica (y muchas veces la única)
 - “Peso” de la sanción recae principalmente en el valor monetario de la multa
 - Tendencia mundial a incrementarlas
 - Potenciales problemas asociados: insolvencia, daño a accionistas no involucrados, etc.
 - Presión política por casos concretos
 - Consecuencia: tema habitual es la discrecionalidad
- Análisis económico: multas son más eficientes que sanciones no-monetarias
 - Posner (2007), Becker (1969), Elzinga & Breit (1973)

11

Ahora, como adelanté, el precio de la sanción depende de los instrumentos sancionatorios disponibles (multas, acciones civiles, penales...). Dado que en nuestros sistemas la multa suele ser la sanción más importante y normalmente la única, el acento se pone en ella. Esto está, de todos modos, justificado desde el punto de vista del análisis económico, de acuerdo al cual las multas son más eficientes que las sanciones no monetarias.

Y hay una tendencia a aumentarlas, una tendencia política a que cada vez que pasa algo, se aumente su monto. Esta es una respuesta e alguna medida "natural" desde la perspectiva política, pero que puede producir múltiples problemas, al menos en teoría, como por ejemplo relativos a insolvencia de las firmas, daños a accionistas que no tuvieron nada que ver con el ilícito, discrecionalidad en su cálculo, etc. Una nota de cuidado no está demás.

Algunas calificaciones

- ¿Por qué no aplicar siempre multas máximas?
 - Por existencia de sanciones no-monetarias
 - Por aversión al riesgo
 - Por *deterrence* marginal
 - Por diferencias en bienestar
- Si individuos poseen información imperfecta acerca de probabilidad de aprehensión (Bebchuk & Kaplow, 1992)
 - Lo óptimo es aplicar menores sanciones y aumentar la probabilidad de detección...
 - ...a pesar de los costos asociados

Por otra parte, la teoría del *enforcement* óptimo nos dice que hay muchas razones para no aplicar siempre las multas máximas, razones en las cuales no me detendré por razones de tiempo, pero que es deseable que quienes implementen las sanciones las tengan en consideración.

Lo más relevante, nuevamente, es que existen posibilidades de disminuir la pura discrecionalidad en esta materia sin llegar al extremo de adoptar posturas mecanicistas que simplemente apliquen una fórmula matemática al cálculo (algo del todo indeseable desde la perspectiva de la política sancionatoria, obviamente).

Pero ¿es adecuada esta estrategia de *enforcement* hoy?



Consideremos algunos factores...

Dicho todo lo anterior, la pregunta relevante a estas alturas de mi exposición es si el foco casi exclusivo que se ha puesto en Latinoamérica en la disuasión, en el uso de normas de C&C y el acento exacerbado en las multas, constituye la estrategia adecuada de *enforcement* para el mundo de hoy. Y mi respuesta, desde ya, es negativa, considerando varios factores que debemos enfrentar en la actualidad y que complejizan el panorama. Pasemos a revisarlos.

#1. Los marcos transaccionales son más complejos...

	Basados en el mercados	No basados en el mercado
Descentralizado	Sistema de precios	<i>Social sharing / intercambio</i>
Centralizado	Firma (jerarquía)	Gobiernos / organizaciones sin fines de lucro

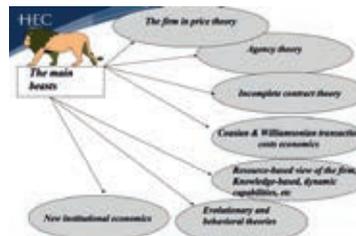
Fuente: Benkler (2005):
http://www.ted.com/talks/yochai_benkler_on_the_new_open_source_economics.html (min. 12:38)

Lo primero que una buena estrategia de *enforcement* y sanción debe hacer es entender el contexto en el que debe funcionar. Muchas veces las agencias fiscalizadoras parecen soslayar este aspecto. Hoy en día, las transacciones son mucho más enmarañadas de lo que eran antes y, en consecuencia, los marcos transaccionales se han complejizado a niveles antes insospechados. Hoy enfrentamos no sólo el sistema de precios y el sistema intra-firma; tenemos incluso intercambios que se dan naturalmente, de manera descentralizada entre los agentes, y que no pueden ser calificados propiamente como “de mercado”. Wikipedia es un gran ejemplo: usted sólo porque llega aburrido en la noche en su casa, escribe sus conocimientos y los da a conocer en la web, simplemente porque quiere ser generoso con el resto. Nadie le paga, nadie lo obliga. ¿Es posible o deseable el *enforcement* en este tipo de transacción?

Más al fondo, la primera pregunta es, entonces, ¿a qué tipo de transacciones me estoy enfrentando como encargado de la persecución y sanción de prácticas ilícitas? ¿Cómo califico el incumplimiento, la ilicitud y la culpabilidad en un contexto determinado?

...porque (#2) las organizaciones son cada vez más complejas...

- A nivel macro, “variedades de capitalismo” (Hall & Soskice, 2001)
- Intra-firma, el “reino de la diversidad”
 - Objetivos diversos
 - Formas de organización diversas
 - Múltiples explicaciones:



El segundo factor a considerar es que las organizaciones son cada vez más complejas, y por lo tanto tenemos una diversidad de firmas no sólo en cuanto a su forma de organizarse, sino en cuanto a sus objetivos. No siempre estamos en el plano de la maximización.

Esta diversidad, a su vez, lleva a la existencia de capitalismos distintos, a “variedades de capitalismos”: el capitalismo alemán no es el mismo que el capitalismo peruano, el chileno el capitalismo japonés o el americano.

No se trata, entonces, de aplicar una “plantilla” sancionatoria, ni que las experiencias sean necesaria o totalmente extrapolables de un lugar a otro.



Luego, en tercer término, el mundo regulatorio actual es altamente complejo. Tenemos perspectivas muy distintas posibles de aplicar a un mismo problema (aquí en Indecopi ustedes lo viven a diario, me imagino, por su forma institucional); objetivos muy distintos, a veces incompatibles entre sí (piénsese en flexibilidad regulatoria vs. certeza jurídica, por ejemplo); y todos ellos insertos en un universo político y social cada vez más complejo.

...y (#4) se inserta en un universo político/social más complejo



En cuarto lugar, en general tenemos muchos tipos de conductas que quizás existían previamente en la sociedad, pero frente a las cuales las personas, los ciudadanos, están reaccionando de una manera distinta: colectivamente. Y esto es nuevo, no es algo que se haya producido antes de –digamos– cinco o diez años, que la gente reaccione de tal manera contra ciertas conductas ilícitas.



Fuente: E. García

Si me disculpan el lenguaje, esta reacción colectiva se manifiesta al principio en lo que en Chile llamaríamos el "Síndrome M.E.C.": "me están cagando"...

Sentimiento de injusticia individual se "transforma" en (y manifiesta como) necesidad colectiva...

Participación directa se vuelve eficaz

...para luego devenir en una reacción directa. En otras palabras, hoy en día muchos problemas particulares se transforman en demandas colectivas por acción regulatoria. Es un sentimiento de injusticia individual transformado en injusticia colectiva, gracias a los medios digitales que hoy poseemos. La gente que participa más activamente, espera más, mejores y más eficaces respuestas de los reguladores, y ejerce acciones directas cuando ello no ocurre con rapidez.

El fenómeno es mundial, aunque difiere en énfasis, objetivos y contextos

La sociedad se organiza y quiere participar

Y esto está manifestado en todo el mundo. Ustedes lo encuentran en Norteamérica, en España, en la primavera árabe, en Grecia, en Canadá (¡en un jardín infantil!), entre otros.

La causa es diversa, pero la reacción es similar: en general, la sociedad está mucho más organizada porque tiene mucho mayores posibilidades de organización, particularmente gracias a los medios tecnológicos y el acceso más universal a ellos.



Y es el desarrollo tecnológico importante que hemos presenciado últimamente lo que permite la reacción colectiva. Alguien pone de aviso un problema, este se masifica, eventualmente la demanda encuentra en los medios, la autoridad reacciona.

Lo relevante es que esta forma de desarrollo de los acontecimientos es muy distinta de aquella en el cual (y para la cual) fueron diseñadas las técnicas tradicionales de *enforcement*, particularmente las normas de C&C. La pregunta es, entonces, si estas últimas siguen estos siendo igualmente eficaces en la actualidad.

Se estaría produciendo una cierta decadencia de la autoridad (?)...



- A dudas "tradicionales" sobre integridad se suman dudas sobre su eficacia
- Decadencia de las estructuras "verticales"
- Debate se politiza
- Perspectiva sociológica
- Fenómeno mundial

Las consecuencias del cambio son importantes. Para algunos, desde la perspectiva sociológica, se estaría produciendo una cierta decadencia de la autoridad. El poder ya no sería tan vertical, sino un poco más horizontal, lo que politizado los debates, que huyen del tecnicismo.



... y una demanda de "legitimación":

- No basta con cumplir con las normas: "puede ser legal, pero no legítimo"
- Perspectiva política
- Fenómeno mundial

Desde la perspectiva socio-política, hay nuevas y potentes demandas de legitimación. Ahora no basta con que una actuación sea legal, sino que debe también ser legítima.

Por cierto, la visión tradicional no se preocupaba de este punto; nuestros marcos regulatorios económicos no estaban preocupados de eso. ¡Sólo recuerdese que uno de los peligros de las normas de C&C era el exceso de legalismo!

#5. ¡Siempre hay errores!

- Diferentes tipos
 - Tipo I, “falso positivo” o “sobre-inclusión”
 - Previene comportamiento eficiente
 - Tipo II, “falso negativo” o “baja-inclusión”
 - No sanciona comportamiento ineficiente
- Desde la perspectiva de la eficiencia, no hay preferencia por ninguno
 - Sistema óptimo debiera minimizar ambos
 - Pero errores tienen importancia *relativa* al juzgar un práctica determinada

Finalmente, fuera de los factores antes mencionados, un quinto elemento (que no es novedoso, a diferencia de los anteriores) que se debe tener en consideración al aplicar una buena política de *enforcement* y sanción, es no olvidar que siempre hay errores, que siempre se cometen al aplicar una política, ya sea porque tratamos de incluir más conductas de las que podemos o porque no incluimos tantas como podemos.

En cualquier caso, aun cuando el sistema –como un todo– debiera intentar minimizar ambos tipos de errores, la realidad es que en cada caso uno está prefiriendo un error por otro, y eso tiene consecuencias importantes que no se debieran soslayar y debiesen ser parte de un análisis *ex ante*.



Y entonces, ¿qué hacer?

La sanción como instrumento regulatorio

La pregunta clave ahora es qué hacer frente a estas nuevas (y no tan nuevas) situaciones. ¿Cómo superar un modelo (casi) puro de disuasión, C&C, y movernos hacia otras estrategias regulatorias de *enforcement* y sanción? ¿Es válida aún la pregunta por la optimalidad?

¡La función de la sanción es regulatoria!

- Sanción es medio para normar actividades económicas en un sistema económico de mercado
 - Crea incentivos de comportamiento
 - Finalidad es preventiva (disuasiva): objetivo último es que se cumpla la regulación
 - Esto es distinto de *a quién* se impone la sanción, que se explica en retribución (Yeung, 2004)
- Resultado: dilema derecho administrativo vs. penal
 - ¿Un único *ius puniendi*? ¿bajo qué principios?
 - "Apóstoles garantistas de la represión administrativa" (Nieto, 1994)
 - Se requieren garantías, sí; pero equilibradas con eficacia de la acción gubernamental

Para responder esta pregunta, se debe considerar ante todo que la función de la sanción es regulatoria; que ella se inserta en un complejo entramado regulatorio, no en una suerte de vacío sistémico donde las normas son consideradas de manera independiente unas de otras. Esta debiera ser quizás la base de toda la discusión que tendremos hoy a lo largo de este seminario: la función de la sanción administrativa es regulatoria.

Desde el punto de vista de la política regulatoria, la sanción no es entonces un instrumento represivo, sino que es preventivo, disuasivo. Ella permite “poner ejemplos”, señalar la licitud o ilicitud (la deseabilidad social, en definitiva) de un comportamiento determinado a los agentes económicos.

Así, la sanción la utilizo sólo en la medida que es la vía más adecuada para indicar cómo comportarse. Nótese que esto es totalmente distinto al derecho penal: la sanción administrativa no es un castigo, una retribución, por lo que su lógica es diversa.

Esto contextualiza lo que dijera Alejandro Nieto, un tratadista español, al hablar de “los apóstoles garantistas de la represión administrativa”.

Hay un equilibrio deseable que mantener entre garantías y eficiencia; un equilibrio de la sanción y la necesidad de normar la actividad económica, por un lado, y la necesidad de que ésta fluya con normalidad y eficacia, por la otra.

Intervenciones deben ser selectivas

- **Sí:** mercado requiere soporte social, regulación y Estado
 - No existe “desregulación” (Vogel, 1996)
 - Capitalismo siempre ha sido regulatorio (Braithwaite, 2005; Levi-Faur & Jordana, 2005)
 - Intervenciones tendientes a “incluir” son positivas
- **Pero considerar limitaciones:**
 - ¿Cuál es la mejor manera de tratar una práctica en un mundo donde (i) el conocimiento es incompleto, (ii) el descubriendo de los hechos es costoso, (iii) la creación de normas altamente imperfecta, y (iv) las instituciones admin/judiciales engorrosas?

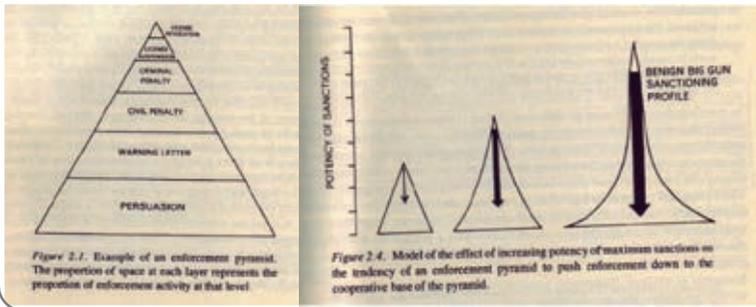
De aquí que las intervenciones regulatorias deban ser selectivas. ¿Por qué selectivas? Porque existe un arma muy poderosa, que es la sanción, susceptible de causar mucho daño si es utilizada sin conocimiento del contexto (que es el que hemos revisado hace unos minutos).

Hoy en día, los encargados de aplicar sanciones probablemente conocen muy poco de los mercados en los que están interviniendo (me incluyo en esto). Además, descubrir los hechos es muy costoso, como probablemente Uds. mismos lo han podido constatar en su trabajo diario; crear normas es un proceso muy imperfecto (lo que entra al Congreso uno no sabe dónde va parar); y las instituciones funcionan usualmente de manera engorrosa, incluyendo los sistemas judiciales.

La pregunta subsecuente es cómo implementar una estrategia selectiva. ¿Qué factores deben ser considerados? Permítanme mostrarles, modestamente, algunas pautas estratégicas que creo relevante considerar.

¿Cómo implementar?: consideraciones estratégicas (1)

- *Responsive regulation* (Ayres & Braithwaite, 1992)
 - La "pirámide de *enforcement*" y la "*benign big gun*"
 - Aplicando estrategia TFT



Una teoría extendida en el mundo, que nos puede ayudar en esta tarea, es la "regulación responsiva". De acuerdo a ella, en síntesis, se debe utilizar una "pirámide sancionatoria". De este modo, se debe comenzar con la sanción más baja, aplicable a la mayoría de los casos (de ahí que sea la base de la pirámide) para luego aplicar sanciones más altas en la medida que existan casos

especiales que sean merecedores de ellas. La sanción más alta disponible en el sistema sólo se aplicará a un número bajo de casos graves.

La multa (recuérdese: el instrumento central y muchas veces único del enfoque disuasivo) es, en este contexto, sólo una parte de un complejo mundo de sanciones, que puede incluir también advertencias, conversaciones, sanciones civiles, penales, etc. La idea es utilizar herramientas distintas para distintos tipos de conducta y atender a una estrategia flexible que se acomode al complejo mundo de firmas distintas y ciudadanos empoderados actuando en marcos transaccionales diversos, que he descrito con anterioridad.

¿Cómo implementar?: consideraciones estratégicas (2)

- Múltiples extensiones
- Por ejemplo:
 - *Smart regulation* (Gunningham & Grabosky, 1999)
 - Incorpora sanciones no estatales
 - *Really responsive regulation* (Baldwin & Black, 2007)
 - Incorpora otros factores institucionales, cognitivos,

La teoría, por cierto, tiene extensiones que van más allá de la regulación estatal, para poner el acento, por ejemplo, en el complejo entramado regulatorio que incorpora agentes no estatales. Otras incorporan factores sociales, cognitivos, etc. Lo importante, al menos para los efectos de este seminario, es subrayar la idea basal de escalamiento sancionatorio que debiera primar como estrategia regulatoria.

¿Cómo implementar?: Reglas vs. estándares

- *Trade off* entre reglas y estándares, considerando:
 - Errores decisionales
 - Costo de *enforcement*
- Sistema “practicable” (*workable*) debe combinar ambos
 - Reglas cuando los costos de errar sean tolerables
 - Porque reglas llevan a más errores (Ehrlich & Posner, 1974)
 - Estándares cuando el costo sea menor que imponer una regla
 - Estándares poseen más discreción y requieren más información

Enseguida, además de las consideraciones estratégicas, es importante contar con una buena herramienta legal para sancionar. Como he mencionado, la visión tradicional está basada en reglas. Sin embargo, dependiendo del contexto, el uso de estándares puede estar justificado, de ser posible su utilización, especialmente cuando el costo de usarlos sea menor.

En este caso, eso sí, dado el relativamente alto grado de interpretación posible, el control de la discrecionalidad debe ser resguardado con particular ahínco (considerando siempre que es la discrecionalidad la que permite que la regulación sea aplicable en la práctica).

Enforcement depende además de la alternativa regulatoria utilizada

- **Tradicionales:**
 - Acción estatal directa
 - Comando y control
 - Regulación por incentivos
 - Autorregulación
 - AR forzada
 - Co-regulación
 - Meta-regulación
- Mecanismos de “encausamiento” de mercados
 - Leyes de la competencia (DL 211)
 - Regulación por contrato
 - Divulgación de información
- **Y no tradicionales:**
 - Por ejemplo, soluciones de “diseño”

Finalmente, hay muchas alternativas para regular: reglas directas, incentivar, autorregulación, leyes de competencia, contratos, divulgar información, etc. Hay distintas soluciones posibles de ser aplicadas (nuevamente: en forma escalonada y sometidas a reglazo principios).

¡En ocasiones puede no justificarse uso de sanciones!



Todo lo anterior implica que, desde la perspectiva de la regulación, en ciertas ocasiones podría no ser justificado el uso de sanciones frente a una infracción. Y esto, en nuestro contexto jurídico latinoamericano (y desde el punto de vista político, en cualquier parte del mundo), parece hoy inconcebible. Como expresa un gran profesor chileno, Jaime Arancibia, las sanciones sólo se justifican si no existen otras medidas correctivas para tutelar el interés público protegido. De ahí que sea justificado someterlas a un principio de *necesidad*, el cual puede estar a cargo de la ley, el órgano administrativo o el juez.

Por ejemplo: soluciones de “diseño”

- En lugar de atacar el problema, se ataca su “causa”
 - “Diseño arquitectónico”
 - Organización del contexto en el cual las personas toman decisiones
 - Fundamento: diseño no es neutro (Komesar, 1997)
 - Por ej.: donación de órganos, panóptico, supermercados
- Diseño puede ser físico, legal o institucional

Para terminar, quiero precisamente mostrarles un ejemplo de una situación que no requiere sanciones. Dice relación con el diseño institucional y es relativamente nuevo en materia regulatoria. Como han expresado algunos autores, el diseño institucional no es nunca neutro, sino que tiene consecuencias importantes en el comportamiento de los individuos.

¿A qué me refiero con “diseño”? Imagínense un supermercado. Uds. van a la caja y qué encuentran: chocolates. Cualquier que sufra, como yo, de esta enfermedad llamada “chocolatosis extrema” hará siempre lo mismo: tomar uno aunque no haya ido al supermercado a comprar chocolates o aunque ni siquiera haya pensado en ellos antes. El supermercado, el diseñador del mismo, sabe de este extendido mal y por eso los ubica justo antes de pagar, al momento de la compra compulsiva. Lo mismo ocurre con las pilas y otros productos que se llevan fácil e impulsivamente. El diseño crea la necesidad. Eso mismo explica que el producto que a Ud. le gusta

comprar esté a la altura que Ud. lo ve en la góndola, ni más arriba ni más abajo. Y así. Toda la industria supermercadista está basada en la arquitectura (imposible no hacer reminiscencias a la vieja idea Austiniense del panopticon, el guardián que vigila a todos los presos en una cárcel desde su torre).

El diseño, entonces, no es neutro en las elecciones. Lo importante para mi propósito es destacar que él también puede ser institucional, de modo que es posible diseñar normas que hagan que ni siquiera la sanción sea esencial, sino que simplemente se "orienten" un poco las elecciones que van a tomar los consumidores para lograr un comportamiento socialmente deseado.

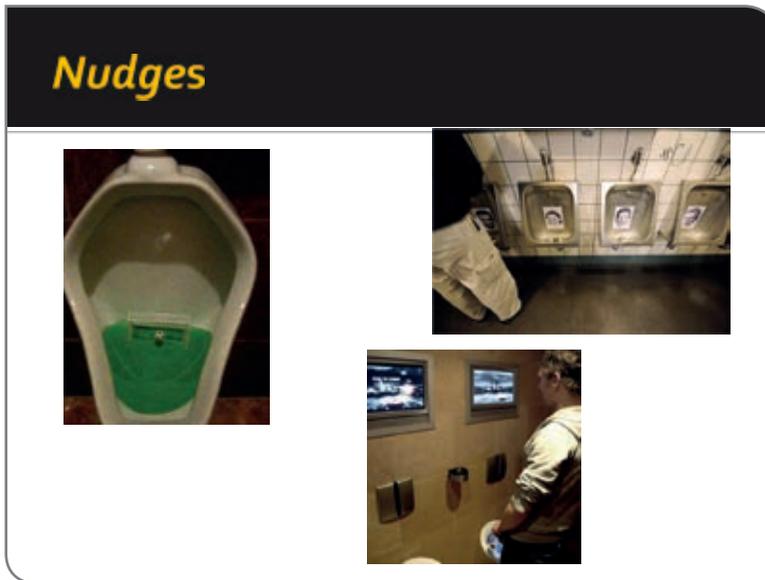
Nudge

- Elección arquitectónica (Sunstein & Thaler, 2008)
 - Bases en "paternalismo libertario" y "behavioural economics"
 - Se estructura la arquitectura de decisiones de modo tal que los regulados adoptan decisiones benéficas
 - Decisión es "manipulada" por la autoridad pública, pero no forzada



Esto es lo que dos autores norteamericanos, Cass Sunstein & Richard Thaler, denominan "nudges". Un buen ejemplo lo proveen en su libro del mismo nombre.

En el aeropuerto de Ámsterdam había problemas porque había mucha suciedad alrededor del urinario del baño de hombres. Existían problemas de "puntería", si me permiten ponerlo así. Entonces qué hicieron en Ámsterdam: pusieron una mosca en el urinario. Cualquiera de mis compañeros de género sabe que enfrentado a esta situación tratará naturalmente de apuntarle a la mosca. Por esto, luego de implementada la práctica, los niveles de suciedad bajaron en un porcentaje muy relevante.



Como ven acá, el experimento fue replicado rápidamente, en distintas modalidades.

Lo importante es que nadie dijo dónde hacer las “necesidades” bajo pena de multa; no se impuso es una regla de C&C. Tampoco se incentivó a las personas a hacer en una determinada parte “premiándolos” (¡no me imagino ni el premio ni una forma no intrusiva de monitorear el cumplimiento!). Simplemente, por el mero hecho de cambiar el diseño, el comportamiento fue modificado. Estos son pequeños *nudges*, pequeños “empujones” o indicaciones que cualquier actor promedio seguiría por su propia conveniencia.

Esto es posible de ser implementado en materia regulatoria, y se hace. Ejemplos abundan. El típico es la donación de órganos: no es lo mismo decir “voy a ser donante de órganos” expresamente, a decir a través de una regla que todos serán donantes a menos que declaren que no lo desean. Los niveles de donación de órganos aumentan en el último caso, por diversas razones que dicen relación con inercia o “vergüenza social”. Hay muchos otros ejemplos en materia de elección de consumidores, como en planes de salud, entre otros. Lo crucial es que diseñar una norma de una manera determinada puede influenciar el comportamiento de una forma positiva.

Considerando esto, y llegando ya casi al final de mi tiempo, los invito a salir de las normas mandatorias de C&C y comenzar a considerar a la sanción como parte de un esquema general de regulación.

Volvamos al “triángulo”



Ya estamos en condiciones de volver al triángulo de la estrategia de *enforcement*. Considerando todo lo dicho, ¿cuál es la estrategia regulatoria adecuada? ¿De qué manera o en qué sentido se puede considerar que ella es óptima?

Entonces, la estrategia adecuada (¿óptima?):

- ✓ Debe incorporar **variedad**
 - De herramientas (C&C, incentivos, *nudges*, etc.)
 - Mix de reglas y estándares
- ✓ Debe ser **realista** acerca del desempeño esperado
 - Considerar *trade-offs*
 - Considerar características institucionales y culturales
 - Considerar posible uso estratégico de la regulación
 - Por parte de reguladores y de la industria
- ✓ Debe ser **selectiva**
 - Foco en los problemas más flagrantes

La respuesta es que la estrategia adecuada debe ser lo más variada posible. Debe mezclar reglas y estándares de conducta; debe utilizar muchas herramientas de la multiplicidad disponible para el regulador, incluyendo multas y otras sanciones (superar el binomio contravención-castigo); debe considerar características sociales y culturales de los individuos regulados y las personas que demandan acciones del regulador; debe considerar los marcos transaccionales; debe ser selectiva, actuando sólo frente a las más vulneraciones más importantes; y debe ser adaptable a las circunstancias.

Entonces, la estrategia adecuada (¿óptima?) (cont.)

- ✓ Debe ser **adaptable**
 - Revisión constante y eventuales cambios para evitar mecanicismo
 - Adaptarse a nuevas formas de regulación

- ✓ Debe ser parte del **ciclo regulatorio**

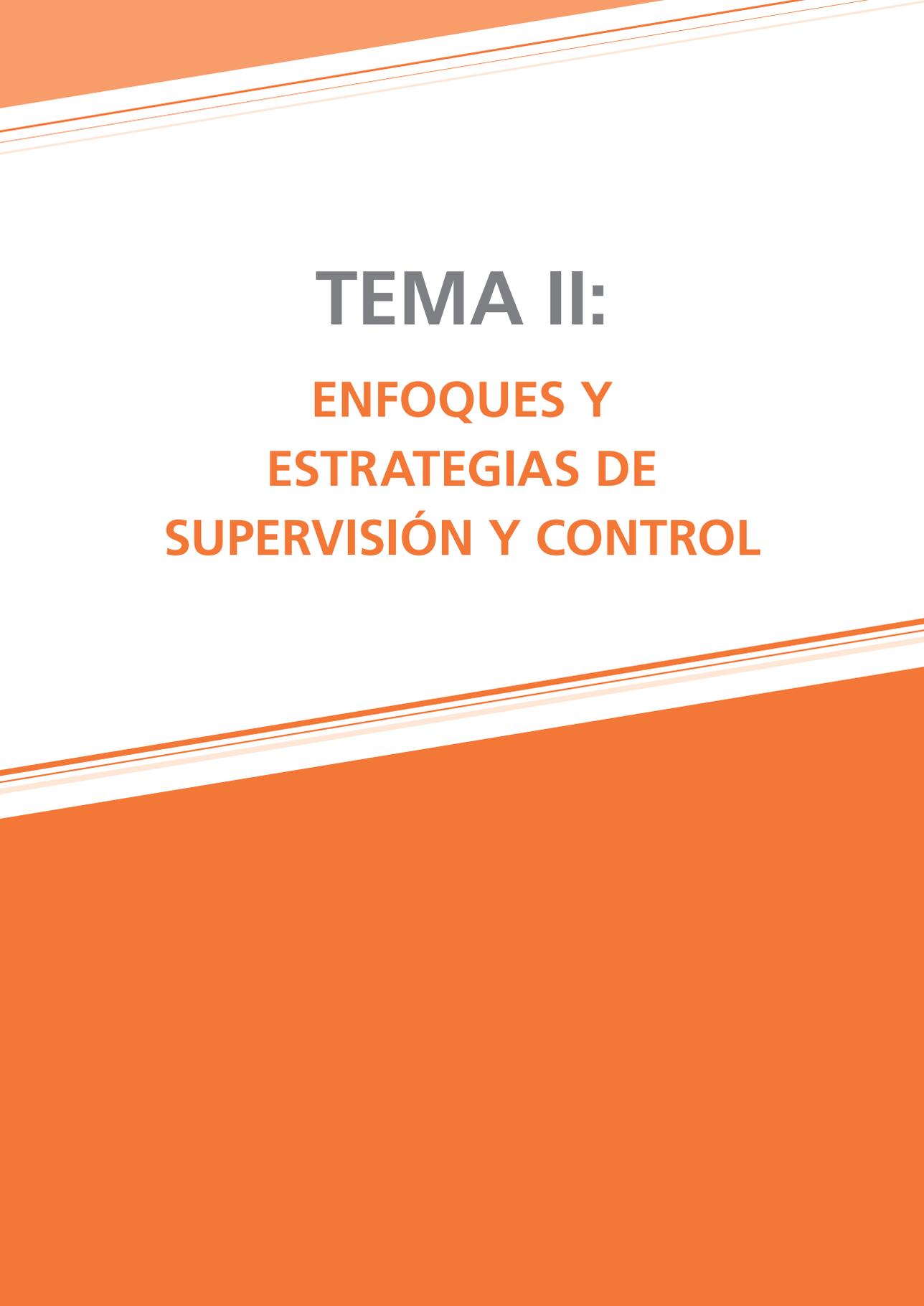
Asimismo, la estrategia debe ser adaptable a las nuevas formas de regulación, no ser mecanicista; y ser parte de un ciclo regulatorio.

La sanción (y el *enforcement*) es una herramienta para señalar y modificar comportamiento), como tal, es una respuesta de última razón regulatoria. Si esto es óptimo, es algo que deberemos responder a la luz de la práctica de cada sistema.



Con eso los dejo por ahora, para dar paso a las demás ponencias de este interesante seminario.

Muchas gracias.



TEMA II:
ENFOQUES Y
ESTRATEGIAS DE
SUPERVISIÓN Y CONTROL



Brasil



ALESSANDRA DE ALMEIDA

Secretaría Nacional del Consumidor

Graduada en Gestión del sistema de vigilancia de producto del mercado por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España y en Dirección de Telecomunicaciones por la Universidad Cidade de Rio de Janeiro. Directora del Instituto Brasileiro de Política y Dirección al Consumidor de Brasil, Asesora de la Cámara de Diputados, Coordinadora general de consultoría técnica y procesos administrativos y en el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor del Ministerio de Justicia de Brasil.

Estrategias de supervisión en protección al consumidor.



En primer lugar me gustaría agradecer a Indecopi la invitación de participación en tan importante foro, en nombre de la doctora Juliana Pereyra, Secretaria Nacional del Consumidor, como mi presentación está en español, voy a hablar en portugués.

Les voy a mostrar a ustedes, una plataforma que ha sido creada por el Ministerio de Justicia de Brasil que trata de una plataforma, como la que Tessy Torres mencionó en su presentación, vinculada a la función de supervisión del mercado, referida a los reclamos de los consumidores. Esta plataforma que fue creada por la Secretaria General del Consumidor, incluye millones de consumidores, porque recordemos que en Brasil los consumidores son más de cuarenta millones, esta plataforma está hecha para atender a esta nueva sociedad de consumo: demanda de masa que piden mecanismos de solución masivas.

Brasil al igual que Perú tiene un Sistema Nacional de Defensa del Consumidor (SENACON), en Brasil tenemos a la Secretaria Nacional del Consumidor que actúa en el ámbito nacional, en el ámbito federal y nos preocupamos por la protección del consumidor por estados. Si bien ellos son independientes, dependen por orden y jerarquía de la Secretaria, que es quien establece la política de Estado del

consumidor y a través de ella se monitorea todas las reclamaciones formuladas por los consumidores; hoy tenemos un 80 por ciento de reclamaciones registradas en Brasil que son individuales, es que un consumidor de bienes o servicios ingresa a esa plataforma de forma voluntaria y esto es supervisado por la Secretaría General del Consumidor, el consumidor ingresa su reclamo a la plataforma y se le atiende inmediatamente.

En Brasil tenemos la página web del consumidor.gob.br que es un nuevo servicio público para solución alternativa de conflictos de consumo a través de internet, para así facilitarle el acceso al consumidor. Funciona de la siguiente manera; El consumidor presenta su reclamo, la empresa responde, luego el consumidor evalúa la atención del reclamo, si está satisfecho con la atención.

Es un método transparente para la población, ya que de esa manera se observa, cual es la empresa que está atendiendo mejor los reclamos. Por lo tanto, todos cumplen el rol de supervisar (consumidor, empresa, Senacon y Procom) de manera pública, gratuita y transparente.

La supervisión genera mayor transparencia y participación social, competitividad por la calidad de la atención al consumidor y el foco está en la solución lo que genera reducción de costos económicos y sociales, desarrollo y maduración de las relaciones de consumo, porque nosotros entendemos que toda Secretaría Nacional de Consumidor debe actualmente estudiar y saber políticas públicas más específicas y algunas infracciones que afectan al consumidor se van a tratar directamente en esta plataforma, a su vez la función de la Secretaría implica supervisar los datos a través de la forma del monitoreo. En dos meses de implementación tenemos más de 20,801 consumidores registrados, 12,010 reclamos registrados, 133 empresas acreditadas y 60 empresas en fase de acreditación.



Estrategias de supervisión en protección al consumidor, tenemos en esta segunda parte Fases del Proceso Administrativo:

- Recibo de denuncias y actuación ex officio.
- Solicitud de investigación al SINDEC.
- Análisis de la investigación y constatación de la amplitud del problema.
- Notificación del proveedor.
- Envío de una carta solicitando informaciones a otros órganos.
- Análisis de respuesta del proveedor y de los órganos oficiados.
- Inicio del proceso administrativo.
- Orden judicial al proveedor para presentar la defensa.
- Solicitud de informaciones adicionales, a órganos proveedores.
- Orden judicial para presentar alegaciones finales.
- Decisión del proceso administrativo / multa.
- Recurso.

Aplicación de la Multa

Compete a los órganos de defensa del consumidor la fiscalización de conductas contrarias a la legislación de consumo, atribuyéndose, además, la imposición de sanciones, de acuerdo con el artículo 56 del Código de Defensa del Consumidor, Ley n° 8.078/90 y del Decreto n° 2181/97, como:

Multa	Aprehensión
Inutilización	Casación del registro
Prohibición de la fabricación	Suspensión de Suministro
Suspensión temporaria de actividad	Revocación de concesión o permiso de uso
Casación de licencia	Interdicción
Intercesión administrativa	Imposición de contra publicidad

Esplanada dos Ministérios, Bloco T
Brasília/DF, CEP: 75.064-900

En cuanto la aplicación de la multa, es la más utilizada por la administración del Estado, entre los cuales compete a los órganos de la Defensa del Consumidor la fiscalización de conductas contrarias a la legislación de consumo, atribuyéndose además la imposición de sanciones, de acuerdo con el artículo 56 del Código de Defensa del Consumidor, ley N° 8. 078/90 y del decreto N° 2181/97.

Por otro lado, en Brasil no se ha contemplado la regulación de las medidas correctivas, por lo cual se basa en la aplicación de estos métodos de aplicación de multas.

Aplicación de la Multa

Las sanciones podrán ser aplicadas cumulativamente, incluso por medida cautelar antecedente o incidente de procedimiento administrativo.

Para la imposición de la pena y su gradación (Decreto n° 2.181/97, art.24):

Las circunstancias atenuantes y agravantes

Los antecedentes del infractor (la gravedad de la práctica infractora, la extensión del daño causado a los consumidores, la ventaja obtenida con el acto infractor y la condición económica del infractor)

Circunstancias Atenuantes (Decreto n° 2.181/97, art. 25):

La acción del infractor no haber sido fundamental para la consecución del hecho

Ser el infractor primario

Haber el infractor adoptado las providencias pertinentes para minimizar o de inmediato reparar los efectos del acto lesivo

Esplanada dos Ministérios, Bloco T
Brasília/DF, CEP: 75.064-900

Las multas utilizadas son de manera acumulativa o por medida cautelar, no necesariamente se tiene que concluir el procedimiento administrativo para la aplicación de una sanción o una suspensión del servicio, asimismo el Código, faculta la medida cautelar.

Para la imposición de la pena y su graduación se encuentran las circunstancias atenuantes y agravantes.

Primero se tiene la práctica infractora, la cual es la extensión del daño causado a los consumidores, la ventaja obtenida con el acto infractor y la condición económica del infractor.

Aplicación de la Multa

Circunstancias Agravantes (Decreto nº 2.181/97 art. 26):

Ser el infractor reincidente
Haber el infractor, comprobadamente, cometido la práctica infractora para obtener ventajas indebidas
Traer la práctica infractora consecuencias perjudiciales a la salud o a la seguridad del consumidor
Dejar el infractor, sabiendo del acto lesivo, de tomar las providencias para evitar o mitigar sus consecuencias
Haber el infractor actuado con dolo
Ocasionar la práctica infractora daño colectivo o tener carácter repetitivo
Haber la práctica infractora ocurrido en detrimento de menos de dieciocho o mayor de sesenta años o de personas discapacitadas física, mental o sensorialmente, prohibidas o no
Disimular la naturaleza ilícita del acto o actividad
Ser la conducta infractora practicada aprovechándose el infractor de grave crisis económica o de la condición cultural, social o económica de la víctima, o, aún, por ocasión de calamidad

Esplanada dos Ministros, 8000 T
Brasília/DF CEP: 70.064-000

Las circunstancias agravantes son varias a diferencias de las atenuantes que son pocas, entre las cuales tenemos las que se muestran en la diapositiva.

Término de ajuste de conducta

Instrumento utilizado por los órganos de defensa del consumidor para el ajuste de conductas que infrinjan la Ley nº 8.078/90;

Es un típico medio alternativo de solución de conflictos;

Configura título ejecutivo extrajudicial;

Criterios:

El valor global de la operación investigada

El valor del producto o servicio en cuestión

Los antecedentes del infractor

La situación económica del infractor

Esplanada dos Ministros, bloco T
Brasília/DF, CEP: 70.064-900

Es un instrumento muy utilizado por los órganos de defensa del consumidor entre ellos el Ministerio Público de Brasil para el ajuste de conductas que infrinjan la Ley, también es un medio alternativo de solución de conflictos y su determinación configura un título ejecutivo extrajudicial.

Para la firma de los términos de ajustes de conducta las empresas deben tomar los criterios que se muestran en la diapositiva.

Caso: La empresa Fox se encarga de la venta de vehículos de la marca Volkswagen, vendió un vehículo con un defecto en su motor, por lo cual el consumidor presentó su reclamo, posteriormente se investigó el defecto que tenía el vehículo Volkswagen firmó un término de ajuste de conducta, por lo que depositó un dinero para solventar los gastos de lo ocurrido, por lo tanto no hubo una sanción de por medio.

Términos de ajuste de conducta

La persona que se compromete deberá honrar las cláusulas establecidas en el TAC;

Pena pecuniaria, diaria, por el no cumplimiento de lo ajustado;

El incumplimiento permite el ingreso en juicio con vistas a su ejecución.

Esplanada dos Ministros, Bloco T
Brasília/DF, CEP: 70.064-900

Asimismo, la empresa o personas que se comprometen deberán honrar las cláusulas establecidas en el término de ajustes de cuenta; en su defecto, corresponde la aplicación de una pena pecuniaria, diaria, por el no cumplimiento de lo ajustado. El incumplimiento permite el ingreso en juicio con vistas a su ejecución.

Actualización de la Multa

Nota Técnica nº 76 / 2011–CGAJ/DPDC/SDE

Nota Técnica elaborada por el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor solicitando el dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de la Justicia;

Dictamen: las multas aplicadas por el órgano federal ajustadas por el IPCA-e, índice que substituye la Unidad Fiscal de Referencia – UFIR;

UFIR: previsión en el artículo 57, parágrafo único, de la Ley nº 8.078/90.

Valor mínimo actualizado	R\$ 493,58
Valor máximo actualizado	R\$ 7.401.415,77

Esplanada dos Ministros, Bloco T
Brasília/DF, CEP: 70.064-900

La actualización de multa fue aprobada por la Nota Técnica (N° 76/2011-CGAJ/DPDC/SDE) elaborada por el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor, solicitando el dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de la Justicia.

El valor mínimo actualizado es de R\$ 493,58 reales que equivalen a \$ 250 (doscientos cincuenta dólares).

El valor máximo actualizado es de R\$ 7.401.415,77 reales que equivalen a \$ 3.500.00 (tres millones quinientos dólares).



Publicidad del producto con propiedades terapéuticas benéficas a la salud;
Se trata solamente de un alimento;
Inducción del consumidor al error;
Infracción: publicidad engañosa;
Ofensa a los principios de buena fe, transparencia y derecho a la información previstos en el Código de Defensa del Consumidor;

Multa: R\$ 98.784,00.
Parámetros:

Unidad de productos producidos	Valor real del producto	3%	Atenuante: art. 25, II; Agravante: art. 26, II
--------------------------------	-------------------------	----	---

Esplanada dos Ministros, Bloco T
Brasília/DF CEP: 70.064-900

Casos de aplicación de las sanciones administrativas por la SENACON:

Tenemos a la empresa de Cocamele de Sol, que venden productos medicinales para las personas a las que se detectó cáncer, atribuyéndole propiedades terapéuticas benéficas a la salud, fue un caso relevante que llegó a la instancia de SENACON.

La empresa fue multada por que el producto era solamente un alimento en consecuencia se indujo a error al consumidor considerándose una infracción por publicidad engañosa, además de constituir una ofensa a los principios de buena fe, transparencia y derecho a la información previstos en el Código de Defensa del Consumidor.

Siendo una empresa pequeña la multa fue de R \$98.784,00 (reales).

Los parámetros utilizados fue el valor real del producto, que es el 3% y se aplicaron circunstancias atenuantes y agravantes.



Helado "Cornetto Chococo" con expresión errónea de no contener gluten, cuando contiene;
 Risco a la salud y a la seguridad de los consumidores celíacos;
 Infracción: no realización de campaña de *recall* y ausencia de comunicación a las autoridades competentes;
 Ofensa a los principios de la vida, la salud y la seguridad; buena fe objetiva; transparencia y derecho a la información correcta y clara;

Multa: R\$ 981.238,80.

Parámetros:

Promedio del valor de los comunicados públicos (ABAP)	Duplicación del valor por la no realización del <i>recall</i>	Atenuante: art. 25, II; Agravante: art. 26, VI
---	---	---

Esplanada dos Ministérios, Bloco T
 Brasília/DF, CEP: 70.064-900

Caso; la empresa de Helados "Cornetto Chococo" no contenía la información de gluten en su rotulado, cuando de hecho contenía poniéndose en riesgo a la salud y a la seguridad de los consumidores celíacos.

La infracción fue no haber realizado la campaña de recall y no informar a las autoridades competentes sobre el error en la información, afectándose los principios de la vida, la salud y la seguridad, buena fe objetiva, transparencia y derecho a la información correcta y clara.

La multa fue de R\$ 981,238,80. reales. Los parámetros utilizados fueron el valor de no informar al público, el mismo que se duplicó por la no realización del recall y se aplicación circunstancias atenuantes y agravantes.



Omisión de que los televisores de plasma ocasionarían distorsiones en la imagen o que ocasionarían el efecto *burn in* si no conectados al decodificador de señales o reproductor de DVD;

Inducción del consumidor a error;

Infracción: publicidad engañosa;

Ofensa a los principios de buena fe, transparencia y derecho a la información previstos en el Código de Defensa del Consumidor;

Multa: R\$ 1.857.813,00.

Parámetros:

Cantidad de TV comercializadas	Valor promedio do producto	0,0005%	Atenuante: art. 25, II; Agravante: art. 26, II
--------------------------------	----------------------------	---------	---

Esplanada dos Ministros, Bloco T
Brasília/DF, CEP: 70.064-900

Caso: La omisión de los televisores plasma ocasionaron distorsiones en la imagen, ya que se tenía que utilizar un decodificador de señales o reproductor de DVD, para una buena imagen.

Se indujo al consumidor al error por lo que se incurrió en la infracción: publicidad engañosa y se consideró una ofensa a los principios de la buena fe, transparencia y derecho a la información previstos en el Código de Defensa del Consumidor.

La multa fue de R\$ 1.857.813,00 y se tuvo en cuenta la cantidad de Tv comercializadas, el valor del producto es de 0,0005% y tenía atenuante y agravante.

Organizaciones Financieras Procesadas por el Procon/MG



Banco RURAL



Banco
Cruzeiro
do Sul



MERCANTIL
DO BRASIL



BV
FINANCEIRA



BANCO CACIQUE



BANCO INTERMEDIUM



Banco
Santander



BANCO
BMG



BANCO
CIFRA



BONSUCESSO

Espanhada dos Ministros, bloco T
Brasília/DF, CEP: 70.064-900

Procon/MG

Bancos: BMG S/A; Bonsucesso S/A; Cacique S/A; Cruzeiro do Sul S/A; Cifra S/A; Intermedium S/A; Mercantil do Brasil S/A; Rural S/A; Santander S/A; BV Financeira S/A.

Obstaculización de informaciones catastrales y financieras impidiendo a portabilidad de crédito y no disposición de factura bancaria con saldo deudor proporcionalmente reducido para la liquidación anticipada de débito;

Decisión administrativa cautelar: suspensión temporaria de la oferta de todo y cualquier servicio, excepto para los consumidores ya clientes, por el plazo de 05 días útiles;

Espanhada dos Ministros, bloco T
Brasília/DF, CEP: 70.064-900

Procon/MG

TAC: BMG S/A; Bonsucesso S/A; Cacique S/A; Cifra S/A; Rural S/A; Intermedium S/A; e BV Financeira S/A.

Objeto: disponibilizar al consumidor la factura de liquidación anticipada y el saldo deudor referente al contrato de concesión de financiación en el plazo de 07 días;

Cruzeiro do Sul S/A	R\$ 5.833.345,00
Santander S/A	R\$ 139.475.525,00

Espanada dos Ministros, bloco T
Brasília/DF, CEP: 70.064-900

Gracias
alessandra.oliveira@mj.gov.br

Espanada dos Ministros, bloco T
Brasília/DF, CEP: 70.064-900

Chile



RODRIGO ANDRÉS ROMO LABISCH

Jefe de la División de Consumo Financiero del Servicio Nacional de Protección al Consumidor.

Magíster en Derecho Internacional por la Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile. MBA por la Universidad de Melbourne, Australia. Ha desarrollado gran parte de su carrera profesional en el ámbito de lo público participando en la redacción e implementación de proyectos de ley como la creación de los tribunales tributarios y aduaneros y el de la reforma a la justicia laboral, así como proyectos de mejora y gestión de procesos internos en diferentes instituciones de Chile.

Proyecto de Ley que modifica la ley 19.496 Protección de los derechos de los consumidores y fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor.



En primer lugar quiero agradecer al Indecopi por la invitación y por la iniciativa. En verdad en Chile, el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) está pasando por un momento muy importante en términos de sus atribuciones y paradigmas de funcionamiento por lo que ocasiones como éstas son muy importantes para conocer experiencias de otros países y poder incorporarlas en este proceso.

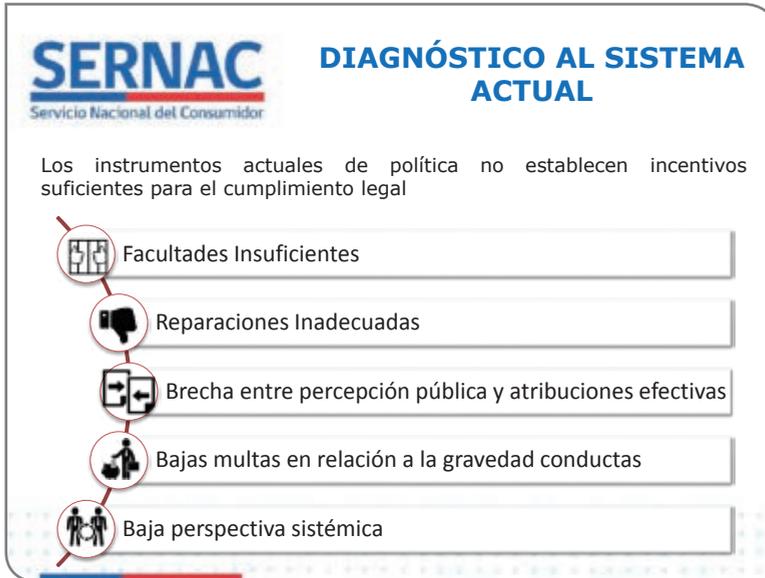
Yo les voy a comentar en esta presentación el contenido de este proyecto de modificación de la Ley N° 19. 496, que en estos minutos se encuentra en la Cámara de Diputados, queda todavía una tramitación en el Senado y esperamos se encuentre terminada las tramitaciones legislativas a mediados o fines del próximo año, para empezar a implementar el proyecto en el año 2016.



La misión del Sernac básicamente tiene que ver con informar, educar y proteger a los consumidores, informar a través de la generación de estudios, sobre precio, calidad de servicios, publicidad, etc. que se dan a conocer al público tanto en la página web como a través de los medios, alertas de seguridad –básicamente seguridad de productos– y a través de ranking y boletines financieros.

Por el lado de la educación está la educación formal, a través de cursos que se entregan a docentes y guías educativas presenciales, se diseña material que se pone a conocimiento de los consumidores; y a través de educación no formal, que tiene que ver básicamente con charlas y talleres para los consumidores.

También está el proteger al consumidor, esto a través de la tramitación de reclamos y consultas de negociaciones colectivas a las que hice referencia hace un momento y a través de juicios de interés general y juicios colectivos de defensa de los intereses de los consumidores, todo esto en un contexto de particular interés por la participación ciudadana en la protección de sus propios derechos. A lo que se enfoca el proyecto básicamente es a fortalecer lo que tiene que ver con la protección de los derechos de los consumidores.



Este proyecto se redactó y tramitó sobre la base de un diagnóstico que se hizo a la situación actual en relación a la protección del consumidor. Este diagnóstico es compartido en general por los actores que participan de este tema; tiene que ver con que el Sernac tiene facultades insuficientes, estas facultades hoy día básicamente se reducen a la facultad de enviar oficios a los proveedores solicitando información y a la constatación de determinadas circunstancias a través de ministros de fe –hay ciertos funcionarios del Sernac que tienen la calidad de ministros de fe y en ejercicios de sus funciones pueden detectar y constatar ciertas conductas o ciertas situaciones–, sin embargo, Sernac no tiene facultades ni de fiscalizar, ni de imponer sanciones, ni de dictar normativa, ni de interpretar la ley.

Claramente está bajo el estándar mundial que tienen en general las agencias de consumo. Otra parte de este diagnóstico tiene que ver con la constatación de las reparaciones que se hacen a los consumidores que son inadecuadas en el ámbito de las acciones colectivas, porque la ley excluye de la posibilidad de requerir indemnización por daño moral en el ámbito de las indemnizaciones colectivas. En el caso de las acciones individuales los tribunales, los juzgados de policía local que hoy día conocen de esta materia son y han sido bastantes reacios a entregar sumas que sean relevantes en el ámbito del daño moral y por lo tanto se han concentrado básicamente en el ámbito más de lo restitutorio de las medidas correctivas.

Existe una gran brecha y este es un problema serio en el Sernac, entre la percepción pública y las atribuciones efectivas que tiene. El Sernac tiene un perfil público bastante importante, la gente lo conoce, tiene confianza en él. Ahora, cuando uno traspasa eso a los casos específicos y cuando esta persona que ve al Sernac en los medios, y le toca ir a presentar un reclamo, se da cuenta que las atribuciones del Sernac son bastante reducidas, solamente tiene la posibilidad de intermediar su reclamo frente al proveedor, pero no puedo ir más allá de eso. Esta brecha entre esta percepción pública y estas apreciaciones genera un problema para el Sernac, y la ciudadanía muchas veces se siente desilusionada de esta situación. En relación a esto existe la imagen que se instaló a propósito de este proyecto de ley, acerca que el Sernac es una especie de león pero sin dientes; entonces de lejos se ve un león imponente pero cuando uno se acerca se da cuenta que sus posibilidades de morder son bastantes reducidas, lo que intenta hacer este proyecto de ley es ponerle dientes al león.

Otra parte de este diagnóstico tiene que ver con la existencia en la ley actual de multas, que son bastante bajas en relación a la gravedad de las conductas, más adelante me voy a detener un momento en eso.

El otro problema es que existe en el diseño, que determinaba Javier en la mañana, una baja perspectiva sistémica donde el tema de la protección al consumidor está planteado de manera de que exista una coordinación entre las distintas agencias públicas en función de esa protección y eso es lo que tiene que ser atacado, existe además una baja perspectiva sistémica y esto lo conversábamos con Teresa hace un tiempo, acerca de la necesidad también de tratar esto como un sistema no sólo a nivel nacional sino que a nivel internacional, y la necesidad de tener instancias como ésta que permita efectuar coordinaciones más allá de lo que sucede en cada país, me parece que eso es una perspectiva que claro no está resuelta en este proyecto de ley, pero me parece una perspectiva que hay que empezar a asumir de manera más sistemática.



Categorías de países según su sistema de «enforcement»*:

MODELO A	Sanciones impuestas a través de un procedimiento penal
MODELO B	Sanciones impuestas principalmente a través procedimientos civiles en tribunales
MODELO C	Sanciones impuestas por la misma agencia de protección al consumidor
MODELO D	Reclamos de consumidores en Ombudsman o Defensor del Pueblo
MODELO E	Acuerdos entre consumidores y proveedores o ejercicio de derechos en el ámbito privado.

Fuente: Ogus, A. et al (2006) Best Practices for Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes, OECD, Paris.

Aquí voy hacer referencia a un estudio, que hizo Ogus en el año 2006 por encargo de la OECD, donde analizó todos los países de la OECD y construyó una categorización de las distintas agencias de consumo. Por supuesto que ésta es de alguna manera una simplificación, siempre la realidad específica es un poco más compleja, pero básicamente se dio cuenta de que había cinco tipos de agencia de consumo o de sistemas de enforcement:

- Un modelo que básicamente enfoca esto desde la perspectiva de las sanciones penales;
- Otro que lo hace de la perspectiva exclusivamente de las sanciones civiles en tribunales;
- Un tercero que tiene que ver con las sanciones administrativas, esto es se imponen sanciones administrativas por la propia agencia encargada del consumo;
- Otros en coordinación con alguna agencia como es el sistema en Estados Unidos o en Suecia también; un sistema que contempla un Ombudsman o defensor del pueblo,
- Y uno que promueve básicamente el ejercicio privado de los derechos y la autorregulación.



SERNAC
Servicio Nacional del Consumidor

**EVIDENCIA INTERNACIONAL
MODELOS COMPARADOS**

Categorías de países según su sistema de «enforcement»*:

MODELO A	Sanciones impuestas a través de un procedimiento penal
MODELO B	Sanciones impuestas principalmente a través procedimientos civiles en tribunales
MODELO C	Sanciones impuestas por la misma agencia de protección al consumidor ✓
MODELO D	Reclamos de consumidores en Ombudsman o Defensor del Pueblo
MODELO E	Acuerdos entre consumidores y proveedores o ejercicio de derechos en el ámbito privado.

Fuente: Ogus, A. et al (2006) Best Practices for Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes, OECD, Paris.

De todos estos sistemas, por el que se optó en el caso chileno fue el modelo C, donde es la propia agencia de consumo, en este caso el Sernac, quien establece sanciones de manera administrativa sin perjuicio de la posibilidad de que eso sea revisado judicialmente.

Según los datos que contiene el estudio, la mayoría de los países analizados corresponde efectivamente a este modelo C, donde además por lo general estas agencias no sólo tienen la posibilidad de poner sanciones sino que además tienen facultades de fiscalización, facultades normativas y algo que nos interesa particularmente tiene que ver con el fortalecimiento de las asociaciones de consumidores.



MODELO PROPUESTO

Servicio Nacional del Consumidor

Similar al **MODELO C**: Sanciones impuestas por la misma agencia de protección al consumidor (Nueva Zelanda, Japón, Suecia, USA, Noruega, Bélgica).

1. Agencia con potestad de imponer multas y ordenar compensaciones, devoluciones y otras medidas correctivas.
2. Facultades de fiscalización
3. Facultades interpretativas y normativas
4. Fortalecimiento de las asociaciones de consumidores

Modelo	AUS	BEL	CAN	CHE	CZE	DEU	DNK	FIN	GBR	HUN	JPL	NLD	NCR	NZL	POL	SVK	SWE	USA
Modelo A				✓					✓		✓							
Modelo B	✓		✓						✓									✓
Modelo C	✓			✓					✓	✓			✓	✓	✓	✓	✓	✓
Modelo D							✓	✓									✓	
Modelo E				✓		✓						✓						

Esto que en la mayoría de sus países es obvio, es un gran salto que estamos dando nosotros. Cuando dijimos en Chile que queríamos que el Sernac tuviera estas atribuciones, hubo cierta resistencia al principio. Se decía “cómo va ser posible que el Sernac vaya a reunir todas estas atribuciones” y sin embargo hecho un análisis a nivel nacional dentro de Chile, es que como pueden ver ahí la mayoría de los reguladores tienen todas las atribuciones que el Sernac, en el contexto de este proyecto de ley, va a tener.



REGULADORES EN CHILE

Servicio Nacional del Consumidor

REGULADOR	Potestad Interpretativa	Potestad Normativa	Potestad Sancionatoria	Potestad Inspección	Requerimiento de Información	Potestad Jurisdiccional y/o de Resol. Conflictos
SBF	✓	✓	✓	✓	✓	
SVS	✓	✓	✓	✓	✓	✓
SUSESO	✓	✓	✓	✓	✓	
SALUD	✓	✓	✓	✓	✓	✓
SAFP-SP	✓	✓	✓	✓	✓	
SQ	✓	✓	✓	✓	✓	
SCI	✓	✓	✓	✓	✓	
SEC	✓	✓	✓	✓	✓	✓
SISS	✓	✓	✓	✓	✓	
SMA		✓	✓	✓	✓	
SEDOC	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Dirección del trabajo	✓		✓	✓	✓	

En concreto me voy a referir brevemente al contenido de este proyecto de ley.



Primero, en relación a la facultad fiscalizadora que va tener el Sernac que como les digo hoy, solo abarca la posibilidad de solicitar cierta información específica, se le va a entregar la facultad formalmente de fiscalizar el cumplimiento de toda la normativa, la solicitud de antecedentes en forma amplia –hoy día es bastante restringida esa posibilidad–.

1.1. Nuevas Facultades Fiscalizadoras

1. Fiscalizar cumplimiento toda la normativa;
2. Solicitud antecedentes en forma amplia;
3. Citación a declarar a representantes de proveedores, bajo apercibimiento de arresto;
4. Fuerza pública con autorización judicial en casos seguridad en el consumo y negativa proveedor;
5. Multas por negativa en labor fiscalizadora: hasta 1.000 UTM (USD 73.000);
6. Conciliaciones individuales y acuerdos vinculantes.



Se le entrega la posibilidad de citar a declarar a representantes de los proveedores bajo apercibimiento de arresto, incluso se le permite en determinadas circunstancias –básicamente en aquellas que tiene que ver con seguridad de productos– solicitar el auxilio de la fuerza pública. Hubo cierta discusión en la tramitación del proyecto de ley si esto requería o no autorización judicial, finalmente la norma estableció hasta el momento que se requiere autorización judicial para solicitar el auxilio de la fuerza pública.

En los casos que tengan que ver con seguridad del producto, se establece además una multa de alrededor de 73,000 dólares por negarse a colaborar con el Sernac en el ejercicio de la actividad fiscalizadora.

Además se le entrega al Sernac la facultad de conciliar, llevar a cabo conciliaciones entre consumidores individuales y proveedores, cuestión que va ser obligatoria, es decir necesariamente antes de recurrir al Sernac o el tribunal para solicitar la imposición de una sanción debe haber una conciliación entre el consumidor y el proveedor y en caso de haber un acuerdo, este acuerdo tiene carácter vinculante para ambas partes.

1.2. Nuevas Facultades Sancionatorias

1. Interés individual, Servicio podrá: ordenar cese conducta, multas, restitución cobros excesivos, otras medidas correctivas y preventivas;
2. Casos cuya cuantía exceda 25 UTM (USD 1.800), consumidor podrá escoger JPL (proced. expedito) o Servicio;
3. Recursos administrativos y judiciales destinados a garantizar debido proceso;
4. Graduación multas según estatuto Pyme. Límite multas acciones colectivas (doble beneficio económico o 30% ventas)
5. Aclaración sobre admisibilidad en juicio colectivo, para que no sea revisión del fondo



Sernac además va tener nuevas facultades sancionatorias en el caso del interés individual. En el caso de consumidores individuales el Sernac o el tribunal –explico inmediatamente eso–, va poder ordenar el cese de la conducta, va poder establecer multas, va poder dictar medidas correctivas, como por ejemplo restitución de cobros excesivos y en general hay una referencia genérica a otras medidas correctivas y preventivas.

En el caso de casos cuya cuantía exceda de 1800 dólares, el consumidor va poder elegir entre ir al juzgado de policía local –que son los tribunales locales, vecinales, que están instalados en cada uno de los municipios del país–, o recurrir directamente al Servicio Nacional del Consumidor. Cuando se trate de cuantías que no excedan de estos 1800 dólares necesariamente se deberá recurrir al Sernac. Producto de este procedimiento, ya sea en el Sernac o en el juzgado policial respectivo, se podrá imponer alguna de las medidas o sanciones establecidas.

1.3. Nuevas Facultades Normativas

1. Director Nacional podrá interpretar administrativamente la ley y dictar normas o instrucciones de carácter general;
2. Se crea un consejo asesor que revisará las propuestas de normas emanadas del Director Nacional;
3. Procedimientos podrán ser públicos y se oficiará a autoridades reguladoras para propender coordinación;
4. Recurso de reclamación de ilegalidad ante Corte de Apelaciones de Santiago.



Por supuesto se establecen todos los recursos administrativos y judiciales que permiten garantizar que acá habrá un debido proceso. La decisión que emite Sernac puede ser por supuesto revisada ante los juzgados de policía local. Respecto de la imposición de multas se establecen en la norma ciertos criterios generales para la graduación de las multas.

Ha sido muy interesante este par de días de Seminario a propósito de esto, y nos damos cuenta del trabajo que todavía tenemos: ir asegurando que esto tenga una aplicación práctica razonable. Sin embargo, se establece en la ley algunos criterios generales, entre otros el tamaño de la empresa, y además se establece un cierto límite respecto de las acciones colectivas. Comentábamos ayer que hoy día los tribunales son reacios a imponer multas, por cada uno de los consumidores involucrados en una acción colectiva, y establecen multas que en general son bastante bajas para cada una de las normas infringidas, lo que se hace en el proyecto de ley es que estas multas corresponden y deberán imponerse respecto de cada una de las personas involucradas en el caso colectivo, pero estableciendo un límite que no debe exceder del doble del beneficio económico obtenido por el proveedor o un treinta por ciento de sus ventas.

Además se hace una aclaración respecto del proceso de admisibilidad: hoy día un proceso de una acción colectiva supone un primer momento de admisibilidad que los proveedores han utilizado a veces para intentar meterse en el fondo del asunto, alargando por supuesto el tiempo de tramitación de los juicios. Entonces hay una aclaración que se refiere a que esta admisibilidad puede referirse exclusivamente a temas formales y no es posible discutir el fondo del asunto en este momento.

También se entregan al Sernac facultades normativas. Hoy día, como les decía, el Sernac no las tiene. Será el Director Nacional, y exclusivamente el Director Nacional quien podrá interpretar administrativamente la ley y dictar normativa de carácter general aplicable a los proveedores según su industria. Se crea además un Consejo Asesor del Director Nacional para efectos de la aplicación de esta facultad y este Consejo Asesor podrá oponerse a la dictación normativa específica si es que lo hace de manera unánime. Habrá además un proceso de consulta pública antes de la emisión de normativa con otros entes reguladores de manera de generar y tener presente esta perspectiva sistémica que les comentaba al principio. Además existirá la posibilidad de reclamar de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso que alguien considere que la normativa que ha sido dictada es ilegal.

2. Fortalecimiento Asociaciones de Consumidores

1. Se eliminan restricciones legales para un correcto desempeño de sus funciones;
2. Facultad de conciliar en denuncias de interés individual;
3. Fortalecimiento participación en mediaciones colectivas;
4. Aumento fondo concursable.



Un segundo punto importante, en relación a este proyecto de ley, aunque no voy a entrar al detalle aquí, pero como les decía hay un foco en el fortalecimiento de la ciudadanía a través en este caso de las asociaciones de consumidores. Se eliminan algunas trabas que hoy día existen en el ejercicio de sus funciones y se fortalece su participación en las mediaciones colectivas que formaliza esa participación y además se aumenta de manera considerable un fondo concursable que hoy día existe y al que pueden postular las asociaciones de consumidores que se duplica.

3. Regulación Mediaciones Colectivas

1. Perfeccionamiento de facultad de Sernac para llevar a cabo Mediaciones Colectivas;
2. Se regula procedencia, plazo de duración, publicidad y efectos;
3. Se aclara oportunidad para iniciar una mediación en caso de acción judicial.



Otro tema muy relevante es la regulación de las mediaciones colectivas. Hoy día si bien el Sernac lleva a cabo mediaciones colectivas, la verdad que el fundamento legal es bastante feble, hay una referencia a las negociaciones colectivas, pero no está establecido el procedimiento en la ley y se ha utilizado por el Sernac como una herramienta que ha resultado ser útil. Estamos conscientes que requiere de mejor y mayor regulación, que es justamente lo que se hace a través del proyecto de ley, que regula su procedencia, los plazos de duración, la publicidad y cuáles son sus efectos específicos.

4. Indemnizaciones

1. Acción de indemnización ante JPL. Tramitación procedimiento sumarísimo y de una sola audiencia;
2. Mismo procedimiento para denuncias ante JPL y recursos de reclamación por ilegalidad;
3. En caso de reclamación, consumidor podrá demandar inmediatamente, fallándose conjuntamente lo infraccional y lo indemnizatorio por el JPL;
4. Los casos cuya cuantía no exceda 25 UTM (USD 1.800) se resolverán en única instancia.



Respecto de las indemnizaciones se deben requerir exclusivamente ante el juzgado de policía local, a diferencia de la sanción, en que el consumidor va poder elegir si acudir al Sernac o al juzgado de policía local.

En este caso las indemnizaciones por supuesto van a ser solicitadas o van a ser dictaminadas por juzgado de policía local. Es un procedimiento que va ser sumarísimo, de una sola audiencia y además que en el caso de que se sume al reclamo por la infracción, se va tramitar en un solo procedimiento.

En aquellos casos en que la cuantía de lo requerido como indemnización no exceda los 1800 dólares, se resolverá en única instancia, es decir, ninguna de las resoluciones que se dicten en el curso del procedimiento va poder ser apelado y se resolverá todo ante el mismo juzgado de policía local.

SERNAC
Servicio Nacional del Consumidor

5. Incremento de multas

Artículo	Infracción	Multa Actual	Multa Propuesta
17K	Infracción a los Arts. 17 B a 17 J (Contratos de Adhesión Financieros)	Hasta USD 55.000	Hasta USD 109.000
23	Venta sobrecupo en espectáculos o transporte de pasajeros (con exclusión del transporte aéreo)	De USD 7.300 a 22.000	De USD 7.300 a 219.000
24	Sanción supletoria	Hasta USD 3.600	Hasta USD 22.000
24 (II)	Publicidad engañosa	De USD 55.000 a 73.000 (*)	De USD 109.000 y 219.000 (*)
25	Suspensión, paralización o no prestación de servicio contratado	De USD 11.000 a 22.000 (**)	De USD 55.000 a 109.000 (**)
29 (*)	Rotulación defectuosa	De USD 360 a 3.600 UTM	Hasta USD 22.000
45	Información defectuosa productos o servicios riesgosos	Hasta USD 55.000	Hasta USD 219.000
55 D	Publicitar tener sello SERNAC sin tenerlo	Hasta USD 74.000	Hasta USD 146.000. Duplica si hay reincidencia
56	No contar con servicio al cliente en contratos de adhesión financieros o incumplimiento de condiciones del servicio al cliente	Hasta USD 3.600	Hasta USD 11.000
56 H	No cumplir acuerdo de mediación	Hasta USD 55.000	Hasta USD 109.000
58	No entregar información requerida por SERNAC	Hasta USD 29.000	Hasta USD 73.000

(*) En caso de afectación de salud, seguridad o medio ambiente. (**) En el caso de servicios básicos.

Existe un incremento fundamental de las multas, esto es solo para que ustedes tengan una idea, son valores aproximados por supuesto, pero como ustedes pueden ver hay una apuesta por aumentar sustantivamente el importe de las multas.

Un ejemplo es la sanción supletoria (aquella que se asigna cuando no hay una infracción específica en la ley), es lo que conversábamos también ayer, puede ser solo de hasta 3,600 dólares entonces estamos hablando de que en situaciones enormes como en el caso de Cencosud donde hubo una acción colectiva donde se condenó a Cencosud a indemnizar algo entre sesenta y setenta millones de dólares, la sanción que se estableció la multa que correspondió es de 3,600 dólares.

Como ven no hay ninguna proporcionalidad entre la entidad de la conducta y la sanción posible de establecer en ese caos. Esto apunta a poder fortalecer ese tema y a considerar las multas, como ha sido conversado a lo largo de todo el día, en un elemento que sea efectivamente disuasorio.

6. Normas Sustantivas

1. Aumento plazo prescripción acciones contravencionales y cambio en cómputo de plazo. Dos años contados desde que haya cesado la infracción;
2. Aclaración sobre prescripción acciones civiles;
3. Derogación restricción de daño moral en juicios colectivos.



Hay, finalmente, tres normas sustantivas que también están contenidas en el proyecto:

Primero se aumenta el plazo de prescripción de las acciones infraccionales. Hoy día solamente es de seis meses y se lleva a dos años y se aclara que se cuenta desde que haya cesado la acción. Ha habido cierta discusión jurisprudencial y cierta interpretación en algunos casos por algunas Cortes señalando que la prescripción se contaba desde el inicio de la conducta y si esa conducta se mantenía en el tiempo, solamente se consideraba desde el inicio de esa conducta. Se aclara en este proyecto de ley que en la medida que esa conducta se mantenga, sigue estando vigente la posibilidad de presentarla a la acción infraccional.

Hay una aclaración acerca de la prescripción de la acción civil. Había cierta confusión que decía que prescrita la acción infraccionaría no era posible reclamar la acción civil de la conducta. Se aclara que estos son dos temas distintos que operan separadamente.

Además esto es muy importante, como les decía en el caso de los juicios colectivos, la norma excluye la posibilidad de reclamo del daño moral y el proyecto de ley lo que hace es eliminar esta restricción y permite entonces que en el contexto de los juicios colectivos se pueda solicitar la indemnización del daño moral.

Para terminar, hay una norma que iba ser incorporada a este proyecto pero que finalmente lo va hacer un proyecto que reforma el sistema de libre competencia,

en relación a la posibilidad que existe de iniciar acciones colectivas luego de decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Hay una norma ahí que generaba cierta confusión en relación a la procedencia de acciones colectivas producto de decisiones del Tribunal. Esta es una norma que no está en este proyecto pero sabemos que ha sido incorporada en otro que va permitir hacerse cargo, desde la perspectiva de los derechos de los consumidores, de las decisiones que tengan que ver con el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia.



Estados Unidos de América



SARAH WALDROP

Comisión Federal de Comercio.

Abogada titulada por la Georgetown University y periodista por la University Oklahoma, se desempeña actualmente en la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos, Buro de Protección al Consumidor. Representa la comisión en los litigios civiles sobre varios temas de protección del consumidor. Ha trabajado en casos que involucran fraude por el telemarketing o publicidad engañosa, cargos no autorizados y cobros en exceso en facturas de teléfono, entre otros.

Mejores prácticas en la supervisión de la publicidad en los Estados Unidos.

Mejores prácticas en la supervisión de la publicidad en los Estados Unidos

Sarah Waldrop
Comision Federal del Comercio, EE.UU.
5 noviembre 2014, Lima, Peru



Mis comentarios de hoy reflejan mi propio punto de vista. No necesariamente reflejan la opinión de la Comisión Federal de Comercio, de cualquier Comisionado individual, o de cualquier otra persona.



Buenos días. Agradezco a Indecopi por este foro, que ha sido muy interesante. Voy a comentar sobre el tema de mejores prácticas de la supervisión de la publicidad, específicamente en Estados Unidos. Primero tengo que decir que mis comentarios de hoy reflejan mi propio punto de vista y no necesariamente reflejan la opinión de la Comisión Federal de Comercio, de cualquier Comisionado individual o de cualquier otra persona.

El principio clave

- **“Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.” La Ley de la Comisión Federal del Comercio (“FTC Act”)**
- **La ley y las normas prohíben el engaño en la publicidad**



Empecemos con el principio clave en los Estados Unidos en cuanto a la publicidad: la ley y las normas prohíben el engaño en la publicidad. Esto se refleja en la ley de la Comisión Federal del Comercio, que prohíbe cualquier acto o práctica engañosa en el comercio de los Estados Unidos.

El sistema regulador en EEUU

- **El sistema federal: 1 gobierno federal, 50 gobiernos estatales, miles de autoridades locales**
- **Organizaciones privadas (NAD, BBB, Legal Aid)**



¿Cómo es el sistema regulador en los Estados Unidos?. La Comisión Federal de Comercio es una parte de un sistema más grande en Estados Unidos. Estamos hablando de la pirámide de enforcement que empieza con autorregulación, con persuasión. Pero la Comisión está en el nivel más alto de la pirámide, que es el Gobierno Federal. Tenemos este Gobierno Federal a nivel central y 50 gobiernos estatales que tienen su propia jurisdicción de lo que está pasando en el Estado. También tenemos miles de autoridades locales y municipales y contamos con varias organizaciones privadas que tienen un papel muy importante en los Estados Unidos, en cuanto a la supervisión de la publicidad.

Las organizaciones privadas no tienen los poderes del gobierno de supervisar, fiscalizar, o sancionar, pero son importantes en nuestro sistema que está basada en la idea de mercado libre, a través de la autorregulación.

Empezamos con las organizaciones privadas que están en la base de la pirámide de enforcement. Algunas de las más importantes en Estados Unidos son:

Organizaciones privadas

- **La División Nacional de la Publicidad**



- **Better Business Bureaus (BBB)**



- **Abogados privados y organizaciones de asesoría legal gratuita (legal aid)**

National Advertising Division®



- La División Nacional de la Publicidad (NAD, por sus siglas en inglés), que es una sociedad de comerciantes para la autoregulación de la publicidad. Lo que busca la NAD es resolver quejas entre comerciantes, entre anunciantes. Por ejemplo, hay una compañía que dice, “mi competidor usa publicidad engañosa, y no puedo competir de manera justa”. La compañía entrega una queja a la NAD, y la NAD busca resolver estas quejas de manera privada, de manera eficiente y con rapidez. Si la NAD no puede resolver la queja, pueden derivar el asunto a la FTC.
- Better Business Bureaus (BBB). Es una organización que, al igual que la NAD, busca resolver quejas individuales. Pero el BBB resuelva quejas de consumidores, no de comerciantes. Si un consumidor tiene un problema con un negocio, puede entregar una reclamación con el BBB. Entonces el BBB entrega la reclamación al negocio, y el negocio tiene un plazo de tiempo para responder a la queja con el negocio. Si el negocio no responde, o su respuesta no es suficiente, el BBB lo nota públicamente. El BBB da una calificación entre A y F a cada negocio, según el número de reclamaciones, la respuesta del negocio, y otros factores. Los consumidores pueden tomar en cuenta la calificación del BBB cuando toman decisiones en el mercado.
- Nada de esto tiene fuerza de ley, pero es un sistema de autorregulación. Normalmente los negocios quieren cumplir con lo que dice la NAD y el BBB porque están compitiendo para clientes, y porque es más eficaz resolver una queja de manera privada que con la participación de un organismo público.

- Además de las organizaciones privadas, hay un sistema informal de abogados privados y organizaciones de asesoría legal gratuita (legal aid). Estos participantes en el sistema regulador llevan casos privados a los tribunales o negocian resoluciones a quejas privadas.
- La importancia de estas organizaciones y participantes privadas es que respondan directamente a quejas individuales, lo que no hace el gobierno en Estados Unidos necesariamente. También, estas organizaciones privadas pueden resolver quejas de manera eficiente. Pero las organizaciones privadas trabajan con organizaciones públicas para respaldar el sistema de autorregulación, como vamos a ver.

Organizaciones privadas

- **Responden directamente a las quejas individuales**
- **Trabajan con organismos públicos para identificar casos y temas importantes, y para proveer educación pública**
 - Referencias (por ejemplo, NAD → FTC)
 - Intercambio de información informal
 - **Consumer Sentinel: una base de datos que contiene quejas de consumidores**



En el sistema de autorregulación, el apoyo de organismos públicos es muy importante para incentivar la participación de negocios y consumidores.

Este apoyo toma varias formas: por ejemplo, la referencia de casos específicos, y el intercambio de información de manera formal e informal. Por ejemplo, hay un sistema importante que se llama Consumer Sentinel, que es una base de datos de las quejas de consumidores. Las quejas se recolectan de todos lados, de varios socios de Estados Unidos y en verdad de todo el mundo. El Better Business Bureau y varias organizaciones estatales y federales contribuyen los datos de reclamaciones recibidas de consumidores al Consumer Sentinel. La FTC y otros

socios pueden acceder esta base de datos para ver tendencias en el mercado, identificar problemas, buscar testigos para casos específicos, etc.

Organizaciones públicas



- **Organismos estatales y locales**
 - **Attorneys General**
 - **Departamentos de licencias**
 - **Departamentos de seguros**



De la base de la pirámide de enforcement, migramos a las organizaciones públicas, que son organismos estatales y locales.

Hay cincuenta estados en los Estados Unidos y cada uno tiene su propio gobierno. Hay algunas organizaciones dentro de estos gobiernos estatales con importancia en la supervisión de la publicidad. Por ejemplo, cada Estado tiene sus propias reglas y normas sobre profesiones licenciadas. Si quieres ser (por ejemplo) veterinario, abogado, o contratista de obras, necesitas una licencia del Estado en el que deseas trabajar. Yo soy abogada, con mi licencia del Estado de Maryland, y este Estado tiene un código de ética para abogados. El código de ética tiene entre sus normas lo que tiene que ver con publicidad de abogados: los medios que pueden usar, lo que podemos decir en anuncios buscando clientes, etc. Eso es parte del sistema que tenemos de la regulación de publicidad.

También cada estado tiene una abogacía general (Attorney General). Los Attorneys General estatales son muy importantes en la supervisión de la publicidad, porque ellos tienen vínculos con las comunidades dentro de cada estado. Saben que está pasando en su Estado, conocen cuáles son los temas importantes, los temas emergentes del mercado de la publicidad. Los Attorneys General pueden actuar

como mediadores entre consumidores y comerciantes, y cuando es necesario, llevan casos en los tribunales de sus Estados.



De aquí pasamos a organizaciones del nivel federal. Hay varios que tienen un papel en la supervisión, fiscalización, y sanción de la publicidad y en la protección del consumidor. Claro que la FTC es una de estas organizaciones, pero también contamos con:

- CFPB (protección al consumidor en asuntos financieros)
- FDA (protección al consumidor en cuanto a comidas y drogas)
- CPSC (protección al consumidor en asuntos de productos físicos)
- DOJ (protección general al consumidor, con el poder de llevar casos criminales a los tribunales)
- Y varias más

Todas estas organizaciones tienen un rol en la protección del consumidor y en la publicidad. Y a través de todo el sistema descentralizado que tenemos, el principio clave es la coordinación entre las organizaciones, que todos compartan información dentro de los límites que tenemos por ley.

Coordinación entre organizaciones

Los organismos públicos y privados trabajan juntos

- Todos comparten información, con límites (Sentinel, conferencias, cuerpos especiales, intercambios informales)
- Organizaciones públicas llevan casos juntos (AG & FTC)



Los participantes en este sistema comparten información a través del Consumer Sentinel, a través de conferencias como las de este foro; en cuerpos especiales, donde socios de varias agencias públicas y privadas trabajan juntos en un tema específico, en intercambios informales, etc.

Estrategias para agencias públicas

Estrategias extra-judiciales

- Educación a consumidores y comerciantes
- Guías
- Cartas de advertencia, estudios del mercado, comunicados de prensa



Hablemos ahora de las estrategias para las organizaciones públicas, especialmente de la Comisión Federal de Comercio, para manejar todo este sistema de supervisión de la publicidad. Nos enfocamos mucho en autorregulación en Estados Unidos, así que algo muy importante es la educación a consumidores y comerciantes, porque no se pueden regular así mismos si no saben sus derechos y responsabilidades. Tenemos una división especial en la FTC de educación a consumidores y comerciantes. Producen folletos y guías, mantienen varios sitios de Web, y hacen charlas formales e informales con comerciantes y consumidores, para que todos sepan cuáles son sus responsabilidades y derechos en nuestro sistema.

También, buscamos educar a los comerciantes en el método de cumplir con la Ley Federal del Comercio, y como aplica la ley en ciertas situaciones. No podemos dar consejos específicos, por ejemplo a un comerciante que quiere aprobación avanzada de un anuncio en particular. Pero sí tenemos algunas guías sobre cómo la FTC interpreta la ley y cómo tiene aplicación en un área específica; por ejemplo en el área de mercadeo de temas ambientales. Tenemos una guía que describe la aplicación de la ley al mercadeo que afirma que un producto es biodegradable, que se puede reciclar y otros temas ecológicos.

Contamos con varias estrategias para incentivar cambios en el mercado general, antes de llevar casos al tribunal. Por ejemplo, podemos enviar cartas de advertencia a algún sector del mercado, si hay algún problema emergente con un tipo de publicidad. También emitimos comunicados de prensa cuando la Comisión toma acciones públicas para difundir nuestros mensajes sobre problemas en el mercado.

Además, contamos con un Buro de Economistas, que estudia varios temas en el mercado para saber si hay algo en lo que debemos enfocarnos. El Buro de Economistas también nos ayuda cuando estos métodos no tienen éxito y tenemos que llevar casos a los tribunales.

Entonces de ahí vamos al punto más alto de Enforcement, que es llevar casos al Tribunal. A veces la autorregulación no sirve, porque no se puede resolver una queja de manera privada, el negocio no quiere participar con la NAD, no quieren cambiar su estrategia de publicidad, etc. Entonces, empezamos investigaciones, buscamos la información que necesitamos, y tenemos que llevar algunos casos a los tribunales. Toma muchos recursos llevar un caso a un tribunal, y así es muy importante para nosotros escoger casos que tienen más impactos. En cuanto a la publicidad, tenemos algunas prioridades para guiar la selección de los casos.

Estrategias legales: la selección de los casos

- **Casos que desarrollan temas importantes, identificados por la agencia**
- **Casos que tendrán más impacto en el mercado**
- **Casos en que la publicidad causaría algún daño al consumidor**
- **Casos apropiados para los recursos con que cuenta la agencia**



Nuestras prioridades incluyen:

- Casos que desarrollan temas importantes, identificados por la agencia. Temas pueden ser importantes por varias razones, por razones de como es el mercado actual o temas emergentes. Como tenemos un sistema de derecho consuetudinario, las decisiones de los jueces son parte de la ley. Si hay algo que no está bien desarrollado en la ley, a veces es necesario desarrollar ese tema a través de casos nuevos. Por ejemplo en este momento estamos hablando mucho del tema de la privacidad de los datos de consumidores, y varios casos están actualmente en proceso que van a afectar este tema.
- Casos que tendrán más impacto en el mercado. Muchas veces buscar casos más grandes porque, si hay daño al consumidor, es muy importante para nosotros porque hacer cumplir la ley para detener el conducto y devolver el dinero a los consumidores dañados.
- También tenemos que pensar en los recursos con los que cuenta la agencia, y tenemos que investigar si podemos compartir recursos con otras agencias para llevar el caso.

Estrategias legales: la selección de los casos

- **Daño al consumidor:**
 - ¿Hay daño a la salud si el producto no funcionó como se afirmó?
 - ¿Las declaraciones falsas llevan a los consumidores a renunciar a tratamientos más eficaces?
 - ¿Qué tan ampliamente fue difundido el anuncio?
 - ¿El producto cuesta más que otros productos similares?



Y en cuanto al daño al consumidor que es muy importante para nosotros, hay algunos principios claves. No tenemos poderes de imponer una multa, pero sí podemos devolver el dinero al consumidor dañado. No lo hacemos a nivel individual sino a nivel nacional, entonces buscamos casos en que hay daño al consumidor:

- Daño a la salud si el producto no funciona como se afirma. Por ejemplo, si una compañía vende una “píldora mágica” y dicen que te puede ayudar a bajar de peso, pero te da un ataque al corazón, eso es daño a la salud del consumidor y lo tomamos muy en serio
- Si las declaraciones falsas llevan a los consumidores a renunciar a tratamientos más eficaces. Por ejemplo, la compañía ofrece otra píldora mágica y dice que te cura el cáncer. Yo tengo el cáncer, me tomo esa pastilla, y no me voy al médico para la quimioterapia. Eso es un daño también a la salud del consumidor y lo tomamos muy en serio.
- ¿Qué tan ampliamente fue difundido el anuncio? Ayer estábamos hablando de un caso en donde habían algunos anuncios en la televisión durante el super bowl, que es el juego de fútbol americano más importante del año. Todos los consumidores en los Estados Unidos están en frente de la televisión mirando este partido y mirando los anuncios. Se nota mucho cuando hay un anuncio en ese partido y eso es “ampliamente difundido”.

- ¿El producto cuesta más que otros productos similares? Este factor representa un daño económico al consumidor. Estábamos hablando ayer de anuncios de zapatillas que supuestamente te ayudan a bajar de peso. Cuestan cien dólares por cada par de zapatos; zapatos normales cuestan sesenta dólares. Entonces la diferencia de cuarenta dólares por par de zapato tiene que ver con el engaño en la publicidad, y es un daño económico al consumidor.

Resumen de mejores prácticas

- **La colaboración entre organizaciones**
 - Buscar casos y evidencia
 - Promover ...
- **La educación de consumidores y comerciantes**
 - Evitar que se viole la ley
- **El uso eficiente de recursos públicos**
 - Escoger casos con más impacto



Entonces hemos visto un resumen de mejores prácticas en que nos enfocamos en Estados Unidos.

En un sistema descentralizado tenemos que enfocarnos en la colaboración entre organizaciones.

Nos ayuda a buscar casos, a buscar evidencia, a saber cuáles son los casos importantes y saber qué está pasando en el mercado.

También la colaboración nos ayuda a promover la educación a consumidores y comerciantes, que es muy importante en un sistema de autorregulación.

Además nos enfocamos en el uso eficiente del recurso público, así que tenemos prioridades para escoger los casos que llevamos al tribunal. Y tenemos compartir recursos entre todos los organismos del gobierno y organismos privados.

Muchas gracias.

PREGUNTAS DEL PÚBLICO

La carta de información es muy importante, pues recoge las quejas de los consumidores, pero también hay que tener cuidado con el daño a la marca, no sabemos si se trata de un consumidor malicioso que busca una destrucción a la marca ¿cómo controlan ustedes eso?

Respuesta:

Es un tema muy importante para nosotros.

Lo que hacemos es que nuestras investigaciones son privadas y las mantenemos en confidencialidad hasta que la Comisión tome una acción pública.

Normalmente la Comisión actúa cuando ha pasado uno de dos cosas: si hay un acuerdo con la compañía para terminar con una práctica y la Comisión aprueba el acuerdo; o, si la compañía no está de acuerdo y la Comisión decide que es un caso importante y hay una violación de la ley, entonces anunciamos al público al llevar el caso al tribunal.

Pero antes de ese punto, cuando estamos investigando, la ley nos prohíbe decir a cualquier persona que tenemos una investigación en contra de cualquier negocio, porque como dice usted, puede causar daño a un negocio sin justificación.

Perú



TESSY TORRES SÁNCHEZ

Gerenta de Supervisión y Fiscalización del Indecopi.

Abogada especialista en gestión pública, destacando en el ejercicio de la función fiscalizadora y sancionadora del Estado. Con Maestría en Administración Pública, se ha desempeñado como Gerenta de Fiscalización del Osiptel y Directora de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA. Actualmente es Gerenta de Supervisión y Fiscalización del Indecopi y profesora en cursos de Derecho Sancionador en la Universidad del Pacífico, ESAN y la Escuela Nacional de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi.

Fortalecimiento de la supervisión para garantizar el cumplimiento de la ley.



La supervisión se constituye en una herramienta muy eficaz para garantizar el cumplimiento de las normas y esto no siempre resulta ser suficientemente reconocido, en tal sentido mi presentación está dirigida a destacar el rol de la supervisión y como –a través del fortalecimiento de su ejercicio– es posible lograr que esta labor se constituya como un garante del cumplimiento de la ley y contribuyente del logro de los objetivos de las políticas públicas.

Recordemos que en la Ley del Procedimiento Administrativo General no hay un desarrollo significativo de la función de supervisión, salvo la referencia a la necesidad de las autoridades de justificar con indicios razonables, el inicio de un procedimiento sancionador. En ese sentido, la LPAG señala que las entidades “podrán” realizar investigaciones preliminares (supervisión) para determinar si corresponde o no el inicio de un PAS.

A continuación hare una rápida revisión de los aspectos más relevantes asociados a las fortalezas de la supervisión que, en algunos aspectos –como verán–, trasciende a la función de verificar el cumplimiento de la normativa.

SUPUESTOS DE LA SUPERVISIÓN



Para empezar... ¿cuales son los supuestos de la supervisión?

SUPUESTOS DE LA SUPERVISIÓN

SUPUESTO 1

Aun cuando el marco normativo vigente contenga normas imperativas, ello no garantiza que sean cumplidas.



Como sabemos, para garantizar nuestra convivencia existe la necesidad de reglamentar nuestras conductas y así regular la vida en sociedad y la forma en como desarrollamos muchas de nuestras actividades, impulsando que actuemos de determinada manera o estableciendo límites a nuestras conductas, para ello se crean normas imperativas, es decir de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, la sola existencia de esas normas no garantiza su cumplimiento. Por ello, la importancia de dichas normas genera la necesidad de que asociadas a ellas se apruebe un régimen sancionador, es decir se tipifiquen como infracción las conductas consideradas obligatorias, estableciéndose una sanción en caso de incumplimiento.

SUPUESTOS DE LA SUPERVISIÓN

SUPUESTO 2

La aprobación de normas sancionadoras no garantiza la observancia del marco normativo vigente.



El régimen sancionador al que están asociadas estas normas, establece que ante el incumplimiento hay una consecuencia: el castigo. Normalmente nuestras normas nos conducen a un tipo de castigo que es la multa pecuniaria, la existencia de este régimen sancionador no garantiza que se cumpla con el marco normativo vigente. Ahora bien quizás esta clase de remedio, es decir la sanción pecuniaria, no resulte ser lo más recomendable, pero este análisis ameritaría una exposición particular.

A manera de ejemplo, el Reglamento de Tránsito que contiene 343 artículos, tiene un régimen sancionador; sin embargo somos testigos de que esta norma no se cumple a cabalidad, por ejemplo: la prohibición de recoger pasajeros en paraderos no autorizados.

Entonces, corresponde reconocer que ni la existencia de una norma con carácter imperativo ni la existencia de un régimen sancionador asociado a ésta (es decir la posibilidad de castigo), garantizan el cumplimiento de las leyes.

Partiendo de esas premisas es que surge la necesidad de la supervisión, que es la función atribuida a diversas entidades que tiene por objeto verificar el cumplimiento de la normativa que es de su competencia.

FINALIDAD DE LA SUPERVISIÓN



FINALIDAD DE LA SUPERVISIÓN

Preventiva

Percepción de un aparato razonablemente eficaz que promueva el cumplimiento de legalidad

Correctora

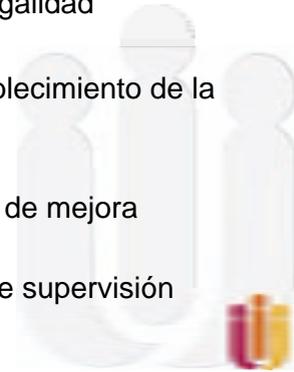
No solo represiva sino de restablecimiento de la legalidad

Mejora del administrado

Identificación de oportunidades de mejora

Mejora de la regulación

Mejora de la normativa objeto de supervisión



Ahora bien, adicionalmente a esta finalidad de verificar el cumplimiento de la normativa –a través de acciones de supervisión– identificamos otras finalidades.

En primer lugar, la supervisión tiene una finalidad PREVENTIVA.

¿Y porque decimos que es preventiva? porque si el ciudadano identifica detrás del cuerpo normativo que pretendemos hacer cumplir a una entidad fortalecida en temas de supervisión se verá inducido a cumplir. Un ejemplo muy simple es cuando estamos manejando un auto, somos más cuidadosos con el cumplimiento de las reglas de tránsito si tenemos un policía en una esquina que cuando no lo hay, independientemente de si la autoridad está en ese momento ejerciendo labor de supervisión. Tan solo el hecho de que aparejado a las normas haya una autoridad que esté debidamente empoderada, capacitada y visible en el ejercicio de la función de supervisión, puede resultar suficiente para lograr el cumplimiento de la ley.

Creo que todos los presentes podemos reflexionar e identificar algunos ejemplos de normas que relacionamos con autoridades fortalecidas en cuanto a sus funciones de supervisión y que solo por ese hecho, nos preocupamos en cumplir.

En segundo lugar tenemos que la supervisión tiene también una finalidad correctora. Y esta es una finalidad que debe ser mejor interiorizada por quienes ejercemos esta función. Si bien la tarea es identificar las conductas infractoras, es decir aquellas que contravienen la legalidad, la labor del supervisor no

debe limitarse a ello, sino que su éxito debería estar en contribuir con que el administrado –incluso en el mismo acto de la supervisión– corrija su conducta.

El supervisor no solo debe de enfocar la supervisión como vinculada a ese procedimiento sancionador que se iniciaría si es que hay un incumplimiento, sino que el supervisor tiene que cambiar su manera de concebir el éxito de la supervisión y entender que no solamente su trabajo debe ser identificar el incumplimiento sino –en la medida de lo posible– lograr la corrección de la conducta y ese debería ser el real mérito del supervisor, especialmente en un escenario de obligaciones formales.

Recuerdo en el sector de telecomunicaciones en el que existe la obligación de las empresas operadoras de tener un aviso en un lugar visible en los establecimientos abiertos al público que describa el procedimiento de reclamos y los supervisores –cada uno bajo un criterio determinado– a veces identificaban que el letrero no estaba colocado donde debería estar y bueno venían con su acta ganadora, *“encontré el letrero donde no debería estar”*, infracción ergo procedimiento sancionador.

La idea que desarrollamos alrededor del trabajo del supervisor era que el mérito no estaba sólo en encontrar la infracción, sino en lograr la corrección de la conducta, entonces la meta era que quien encuentra un letrero mal colocado, regrese con el acta que efectivamente evidencie ese hecho, pero que además acompañe la foto o constancia que acredite que ese letrero fue colocado donde corresponde. Quizá no se pueda evitar el procedimiento sancionador –eso dependerá de las normas particulares del sector del que se trate– pero obviamente conseguimos el instantáneo restablecimiento de la obligación y a partir de ello queda garantizado el derecho –en este caso de los consumidores– de ser bien informados del procedimiento de reclamos a través de este letrero y el proveedor se beneficia por una rebaja en la sanción derivado de esa corrección.

En tercer lugar, identificamos como finalidad indirecta la identificación de oportunidades de mejora por parte del administrado.

Cuando el supervisor interviene al administrado con el objeto de verificar si en efecto la norma es cumplida por éste, no es extraño que se evidencie que el proceso que está detrás puede ser mejorado. Esto presupone necesariamente que el supervisor “conozca bien el negocio” porque en esa medida es que su intervención se convertirá en una contribución, porque será capaz de identificar o evidenciar esas oportunidades de mejora

La labor de supervisión debe realizarse entonces con conocimiento del negocio, esa es una premisa básica para el ejercicio de la supervisión. La supervisión –y debemos reconocerlo todas las autoridades involucradas en el ejercicio de nuestra

función— genera costo a los administrados, y si esta supervisión no es hecha eficientemente este costo se trasladará sin justificación al consumidor, entonces la premisa es que el supervisor debe conocer necesariamente el negocio, involucrarse muy bien en ello y solo así será posible lograr que se genere una externalidad positiva al administrado, porque en esa interacción de supervisor y administrado respecto al cumplimiento de la norma, muchas veces se evidencian debilidades en los procesos.

Entonces la idea de la interacción de un supervisor que conoce del negocio debería permitir que el administrado reconozca oportunidades de mejora respecto a la forma como lleva el negocio.

Finalmente y esto resulta muy importante y tampoco resulta estar suficientemente relevado de cara a la administración, es que el supervisor es el que puede dar fe de si la regulación tal cual fue diseñada cumple con sus objetivos.

Los procesos de elaboración de normas son largos, las discusiones previas a su aprobación involucran a todos los actores y al final los técnicos en un trabajo de gabinete, establecen los términos en los que la norma debe ser cumplida por todos los ciudadanos o por el sector que se encuentre siendo objeto de la regulación.

Lo usual es que el supervisor este al margen del proceso de elaboración de las normas, cuando es él quien conoce in situ la materia o el sector y es producto de ese conocimiento del campo lo que le permitirá intuir si efectivamente esa norma logrará sus objetivos o si genera más costo que beneficio y por otro lado, sabemos que la realidad varia, así que si bien una regulación puede ser apropiada en un momento dado, posteriormente puede que ya no lo sea.

En consecuencia, quien tendrá a cargo la supervisión debe estar presente en el proceso de formulación de la política pública y en particular de la norma en cuestión que luego será objeto de la supervisión y cuando entramos a la etapa de vigencia de la ley debería haber una retroalimentación oportuna por parte del supervisor, para la mejora de la normativa que no solamente pasa por modificarla sino también eventualmente por derogarla.

Utilicemos el ejemplo del libro de reclamaciones. Originalmente la norma establecía que el lugar donde debe colocarse el libro de reclamaciones es en el establecimiento abierto al público donde realizan las transacciones los proveedores y consumidores. Sin embargo, la experiencia nos demostró que en el caso del servicio de transporte terrestre, no resulta eficiente pretender que el consumidor deba llegar al terminal para registrar su reclamo: ahora las empresas deben tener un número telefónico en sus unidades para que a través de él los consumidores registren su reclamo. Igualmente en el caso de las empresas de transporte aéreo,

la supervisión evidenció que los conflictos se generan en realidad en la zona de embarque y desembarque, ya sea por retraso o cancelaciones de vuelos o por la pérdida de maletas. A partir de las modificaciones introducidas las empresas están obligadas a poner a disposición de los pasajeros el libro de reclamaciones en esas áreas cuando les sea requerido.

Por otro lado, existen regulaciones con las que me he encontrado a lo largo de mi experiencia profesional en las que la supervisión ha evidenciado que ya no tienen sentido, carecen de objeto. En efecto, podría suceder que aquella realidad que justificó la existencia de la norma haya variado: los máximos de velocidad establecida en las carreteras obedecen a aquello que las rodea: la presencia de una escuela, de un centro de salud exige que esos máximos se reduzcan. Pero esa necesidad desaparece si la escuela o el centro de salud son reubicados. Y quien es el primero que puede darse cuenta de ello? El supervisor de las reglas de tránsito, en este caso el policía de tránsito y no el Ministerio de Transportes que es quien fija el máximo de velocidad en las vías nacionales.

Entonces, quiero dejar planteado que más allá de la supervisión sea entendida como aquella función que tiene por objeto verificar el incumplimiento de la normativa de cara al proceso sancionador, hay otros aspectos asociadas a ella que la hacen mucho más útil e interesante de analizar de cara al logro de las políticas que deseamos implementar en nuestro país y en cada una de las entidades que representa cada uno de nuestros expositores y los presentes.

OBJETIVO DE LA SUPERVISIÓN



OBJETIVO DE LA SUPERVISIÓN

¿Cómo?

La labor del supervisor debe ser eficaz.

La eficacia esta dada por:

- la focalización de la supervisión en los aspectos de mayor impacto.
- la detección de la infracción cometida.
- la obtención del medio probatorio idóneo.
- la imposición de la correspondiente sanción.
- La adecuación de la conducta al ordenamiento jurídico(intervención 180)

Ahora bien, ¿que esperamos de la supervisión? Que esta sea EFICAZ. Y ¿cuando decimos que es eficaz?

En primer lugar cuando como supervisores nos ocupamos de lo que realmente resulta relevante, porque las normas son numerosas y no todos los aspectos tienen igual importancia. Un supervisor en una mina por ejemplo, ¿debe ocuparse del manejo de residuos sólidos del restaurante ubicado en el campamento minero? O debe de ocupar su tiempo en ¿identificar el manejo de residuos sólidos derivados de la actividad extractiva propiamente dicha? Evidentemente, debe focalizarse en los aspectos de mayor impacto.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta que de nada sirve que la autoridad realice múltiples supervisiones a igual número de administrados si los resultados no evidencian incumplimientos. Probablemente esa situación muestra que como supervisores no estamos mirando donde debemos.

He tenido oportunidad de formar parte de entidades cuya manera de medir los resultados de la supervisión era "números de supervisiones"; no había una preocupación sobre cuál era el resultado de esas supervisiones, podríamos tener cientos de supervisiones que evidentemente al estar indebidamente focalizadas concluían en su gran mayoría en que no había incumplimientos, sin que esto resultara relevante.

Lo que debemos hacer como supervisores es contar con indicadores mejor elaborados que justifiquen la labor de supervisión en términos de eficiencia y eficacia.

En tercer lugar, es muy importante la obtención del medio probatorio idóneo. El supervisor puede que en efecto sea testigo de un hecho infractor, pero si la prueba de ello no es registrada debidamente no es posible actuar en consecuencia. Recuerdo algunos casos en que por una incorrecta elaboración del acta debimos archivar la supervisión, pero no porque no haya existido infracción, sino porque no quedo debidamente evidenciado el hecho infractor. En algunos sectores la situación se complica cuando son diversas disciplinas y no solo los abogados los que intervienen en la etapa de supervisión. Sin medio probatorio idóneo, la posibilidad de la sanción o de la medida administrativa que corresponde, desaparece.

Finalmente asociado a todos estos temas, que están vinculado a la eficacia de la labor de supervisión está el hecho de intentar en todo momento la adecuación de la conducta al marco normativo y ese debería ser el mérito del supervisor: lograr por sus propios mecanismos aprovechando la cercanía, el contacto con el hecho infractor que se corrija la conducta infractora.

Reitero que los supervisores deben tener en cuenta que el objeto de su labor es que la norma se cumpla, y que se cumpla cuanto antes. Es decir si en el proceso de supervisión existe la posibilidad de corregir la conducta, el supervisor debe inducir y contribuir con el administrado para que esto ocurra. Más aun cuando se trata de obligaciones formales, recuerden el ejemplo del letrado en el sector telecomunicaciones, en los que la sanción pecuniaria resulta por lo menos discutible.

Hay algunos marcos legales y lo comentábamos ayer en la jornada que tuvimos interna con los expositores, en los que se permite, en reemplazo de la sanción, optar solo por una medida correctiva, Osiptel es uno de ellos, aunque creo que dicha norma fue modificada y perdieron ese importante remedio porque, como digo hay escenarios que no ameritan una sanción incluso habiendo quedado acreditado el incumplimiento, y en ese sentido, la medida correctiva debería ser una alternativa ante el cumplimiento de la norma, teniendo en cuenta criterios de proporcionalidad y racionalidad.

ENFOQUE DE LA SUPERVISIÓN

- a) **Lineamientos**
- b) **Auto supervisión**
- c) **Visión de transformación**



Entonces como he señalado en lo que va de mi exposición, a veces somos los propios organismos los que nos ponemos las vallas muy bajas al establecer que la forma de evaluar el ejercicio de nuestra función de supervisión sea el número de supervisiones, siendo que lo que es importante es focalizarnos en aquello que es realmente relevante para tener el efecto esperado que es en principio identificar infracciones.

En Indecopi hemos desarrollado unos lineamientos que vienen siendo aplicados desde el 2013, para determinar lo que debemos supervisar, especialmente en un escenario en que los administrados son muchos (todos los proveedores), el marco normativo que debemos supervisar es absolutamente frondoso y los recursos son limitados, como es el caso de los temas de competencia de nuestra institución.

Lineamientos para la supervisión

Teniendo en cuenta la cantidad de proveedores y sectores regulados es necesario la identificación de aquello que serán materia de supervisión.

"El estado carece de recursos suficientes para supervisar todo"

Supervisión por riesgos

- Identificar sectores más reclamados y/o denunciados.
- Estacionalidad en el consumo.
- Determinación de la proporción y tamaño del mercado afectado por sector económico.
- Aproximación del número de operaciones o de consumidores que puedan ser afectados.

El primer lineamiento que tenemos a nivel institucional para determinar qué supervisar es el análisis que denominamos "supervisión por riesgos".

En lo que se refiere al marco normativo de protección al consumidor, lo que nos corresponde identificar es que temas son los más reclamados y denunciados y cuáles son los proveedores que brindan los bienes y servicios involucrados y cuanta participación de mercado tienen dichos proveedores o cuantos consumidores potencialmente afectados podrían formar parte de este escenario de intervención.

Lineamientos para la supervisión

Probabilidad x Impacto = Riesgo

		Impacto en los ciudadanos →		
		Bajo	Medio	Alto
Probabilidad de ocurrencia ↓	Baja			
	Media			
	Alta			

Y es recién a partir de ese ejercicio, –en el que evaluamos cual es la probabilidad de ocurrencia de la conducta infractora y cuál es el impacto que puede tener en los ciudadanos– que decidimos en debemos concentrar nuestros esfuerzos: evidentemente la respuesta es en aquellos casos en el que el impacto en los ciudadanos es alto y la probabilidad de ocurrencia también es alta.

Lineamientos para la supervisión

Fortalecimiento del principio de autoridad

- Iniciativas institucionales: Libro de Reclamaciones, "Gracias...No insista".
- Patrones de denuncias informativas.
- Verificación del cumplimiento de medidas administrativas de alcance general.
- Verificación de la legalidad de las barreras burocráticas.
- Identificación de casos de resistencia a la autoridad o reincidencia.
- Verificación de conductas post sanción.

Tener en cuenta a aquellos otros agentes que brindan el bien o servicio objeto de supervisión.

Por otro lado, existe otro grupo de temas a ser supervisados que forman parte del eje denominado “fortalecimiento del principio de autoridad”.

A manera de ejemplo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece la obligación de los proveedores de contar con un libro de reclamaciones así como otras obligaciones colaterales, que consideramos responden a las políticas públicas plasmadas en el Código de promover que los consumidores puedan hacer valer sus derechos directamente ante los proveedores y garantizar un mecanismo expeditivo de atención de reclamos.

El objetivo es que el proveedor se vea forzado a cumplir con la norma que lo obliga a tener libro de reclamaciones, en principio ante la posibilidad o eventualidad de una sanción, pero ese no es el objetivo final. El objetivo final es que el proveedor encuentre en esta herramienta del libro de reclamaciones un mecanismo que le brinde información sobre cómo sus clientes perciben que provee el bien o servicio y que el consumidor se acostumbre a usarlo, que sepa que es su derecho acudir al libro para dejar evidencia de su reclamo y, que a la larga los proveedores no tengan registrados en el libro reclamo alguno, o que estos se reduzcan a su mínima expresión, y que más bien traten –ante el pedido del libro de reclamaciones– de solucionar el conflicto en primera línea.

Y esto está vinculado a lo que espero se logre con las supervisiones que emprendemos: generar hábito y formar convicción. Puedo usar el ejemplo del cinturón de seguridad que en su momento nadie usaba en el Perú, no porque no existiese la obligación de usarlo sino porque la autoridad no se ocupaba de hacer cumplir dicha obligación. En un momento dado la autoridad –supongo que evaluando la cantidad de accidentes derivados de la falta de uso del cinturón– decidió que debía supervisar ese tema en particular y eso nos obligó a todos a empezar a utilizar el cinturón de seguridad. A la fecha, ya nadie duda de la necesidad de usar el cinturón de seguridad, sabemos que es indispensable usarlo al trasladarnos en un vehículo y con tal motivo ha dejado de ser objeto especial de supervisión.

Se logró entonces el objetivo de la política pública sobre seguridad, se impuso el principio de autoridad generando el hábito del uso del cinturón de seguridad, pero además en tanto la medida resulta absolutamente racional –adecuada para el cuidado de nuestra integridad física– se ha interiorizado y actuamos más que nada por convicción, y eso es lo que esperamos se genere con el libro de reclamaciones.

Los temas debajo de este eje entonces, no son supervisados por que tengamos indicios de incumplimiento, sino porque –en el caso del ejemplo– interesa que el libro sea utilizado y funcione para los efectos que les he comentado, es decir que se genere el hábito para luego dar paso a la convicción.

Mecanismos de auto supervisión

El propio administrador se controla, se auto supervisa y reporta a la Autoridad.

Supervisión idónea para casos de obligaciones de carácter masivo: Interrupciones del servicio, Monitoreos periódicos de calidad del agua o aire, Obligaciones a cargo de Centros Educativos.

El supervisor verifica veracidad de los reportes de manera aleatoria.

Consecuencia por remisión de información falsa: **SANCIÓN DRÁSTICA**

En esta dinámica de supervisar, de conocer los mercados, el marco legal y de evaluar cómo se portan los agentes, estamos tratando de desarrollar mecanismos de supervisión como una manera de fortalecer el cumplimiento de la norma –estamos hablando de la supervisión como el elemento fundamental de hacer cumplir la norma, no estamos hablando de sanción– en esa medida, hemos desarrollado algunos esquemas de auto supervisión.

El modelo está enfocado en el que el propio administrado se supervise, que el mismo ejerza control sobre aquello que está obligado a cumplir y esto funciona muy bien en aquellas obligaciones que son muchas, respecto de las cuales existen numerosos agentes en el mercado o que tienen que supervisarse periódicamente de manera sostenida.

Por ejemplo, en los servicios de telecomunicaciones, nosotros como usuarios no nos damos cuenta pero el servicio que recibimos de telefonía móvil, de internet, sufre micro cortes y la norma obliga a reportar dichas interrupciones al regulador y dependiendo de la duración de la interrupción, podría generarse la obligación de efectuar devoluciones de lo cobrado a los usuarios de esos servicios. En Osiptel recibíamos en algún momento en documentos físicos, entre cincuenta y sesenta reportes de este tipo diarios, que se debían evaluar uno a uno para efectos de verificar si es que efectivamente había responsabilidad del operador, el tiempo de duración, etc. era realmente complejo supervisar ese tema. Lo que hicimos fue desarrollar una herramienta, para que el propio proveedor, sea el que registre y que se controle de manera casi automática este tipo de eventos.



En el caso particular de Indecopi, en lo que se refiere al sector de educación, hemos desarrollado una herramienta a la que se accede por la web institucional que hemos denominado “Exáminate”, a través de la cual se supervisa a los centros educativos particulares.



El "Exáminate" surge a partir de la experiencia de dos años de supervisión: nos enfrentamos a un servicio que está sujeto a una frondosa normativa, con obligaciones que se imponen a los proveedores –que crecen en número– contenidas no solamente en el Código sino en diversas disposiciones, que hacen complejo incluso el conocerlas y entenderlas a cabalidad y que presenta un alto porcentaje de incumplimiento. Entonces, nos preguntamos tenemos capacidad para supervisar? Y lo que queremos es sancionar? Ese no es el objetivo, el objetivo es que cumplan la norma, en la medida que debemos asumir que estas contribuyen a los objetivos de las políticas públicas que las sustentan.

Este programa contiene un cuestionario virtual referido a todas las obligaciones que tienen los colegios; los colegios que son supervisados obtienen un acceso al "Exáminate" que además les brinda una especie de control de error. Por ejemplo, según nuestras normas el colegio está prohibido de cobrar por un bingo, o alguna cuota extraordinaria distinta a la mensualidad o aplicar al retraso un interés por encima del interés legal, entonces cuando el responsable del colegio se encuentre en el cuestionario con la pregunta referida a esos temas, encontrará a la vez el artículo de la norma que le prohíbe o regula la conducta.

Ahora bien, una herramienta de esta naturaleza funciona siempre que a la par desarrollemos mecanismos de validación de la información que brindan los administrados, en este caso nuestro aliado estratégico son los propios padres de familia quienes tienen habilitados mecanismos como el correo electrónico colegios2015@indecopi.gob.pe que le permiten denunciar anónimamente presuntos incumplimientos.



Otro ejemplo de un sistema de auto supervisión es el denominado “Controla tus reclamos”, que debe ser utilizado por las empresas que facturan por encima de las tres mil UIT, para registrar los reclamos que los consumidores les formulen, pudiendo inclusive usarlo como libro de reclamaciones. Los proveedores que facturan por encima de las tres mil UIT, son los que concentran la mayor cantidad de reclamos y si bien hemos logrado que los proveedores tengan implementado el libro, hemos encontrado que hay una debilidad en la respuesta al reclamo, la misma que debe efectuarse dentro de los treinta días de presentado.

Este sistema entonces permite que la autoridad controle los tiempos de atención de los reclamos, pero además está diseñado de manera tal que automáticamente alerta al propio proveedor de que está próximo a vencer el plazo para brindar respuesta a sus reclamos.

Además, el sistema se constituye como una herramienta de colaboración a la gestión del negocio, por ejemplo las empresas que tengan varios locales, pueden a través de los reportes que arroja el “Controla tus Reclamos”, identificar qué local es el que le representa mayor número de reclamos, cuales son los problemas que se presentan con mayor frecuencia y a partir de ello realizar las correcciones necesarias, análisis que resulta difícil de hacer cuando se utiliza un libro de reclamaciones físico por local. Asimismo, en nuestro caso como autoridad, vamos a poder hacer un control de los reclamos que contribuirá con el análisis de riesgo de la problemática de los sectores, para enfocarnos en lo relevante.

El esfuerzo de supervisión está concentrado en validar la información que reporta el administrado, por lo que como señalamos en el caso del Exámate, para que esto funcione, el administrado debe introducir información cierta y si no dice la verdad, debe ser drásticamente castigado, porque un sistema de auto supervisión funciona en la medida que sea verídica la información que se reporta en el sistema.



Para finalizar simplemente quería darles una aproximación, que considero es la visión de lo que estamos haciendo al interior del Indecopi en temas de supervisión.

El Indecopi desde sus orígenes asumió un rol preponderantemente reactivo –es decir aquel que nos genera actuaciones a partir de denuncias y reclamos– para pasar ahora a fortalecer el rol proactivo –asociado precisamente al fortalecimiento de la función de supervisión– innovando con las herramientas que usamos para contribuir de manera eficiente y eficaz con el cumplimiento de la ley.

¡Gracias!



Muchas gracias por su atención.

www.indecopi.gob.pe

Síguenos en:

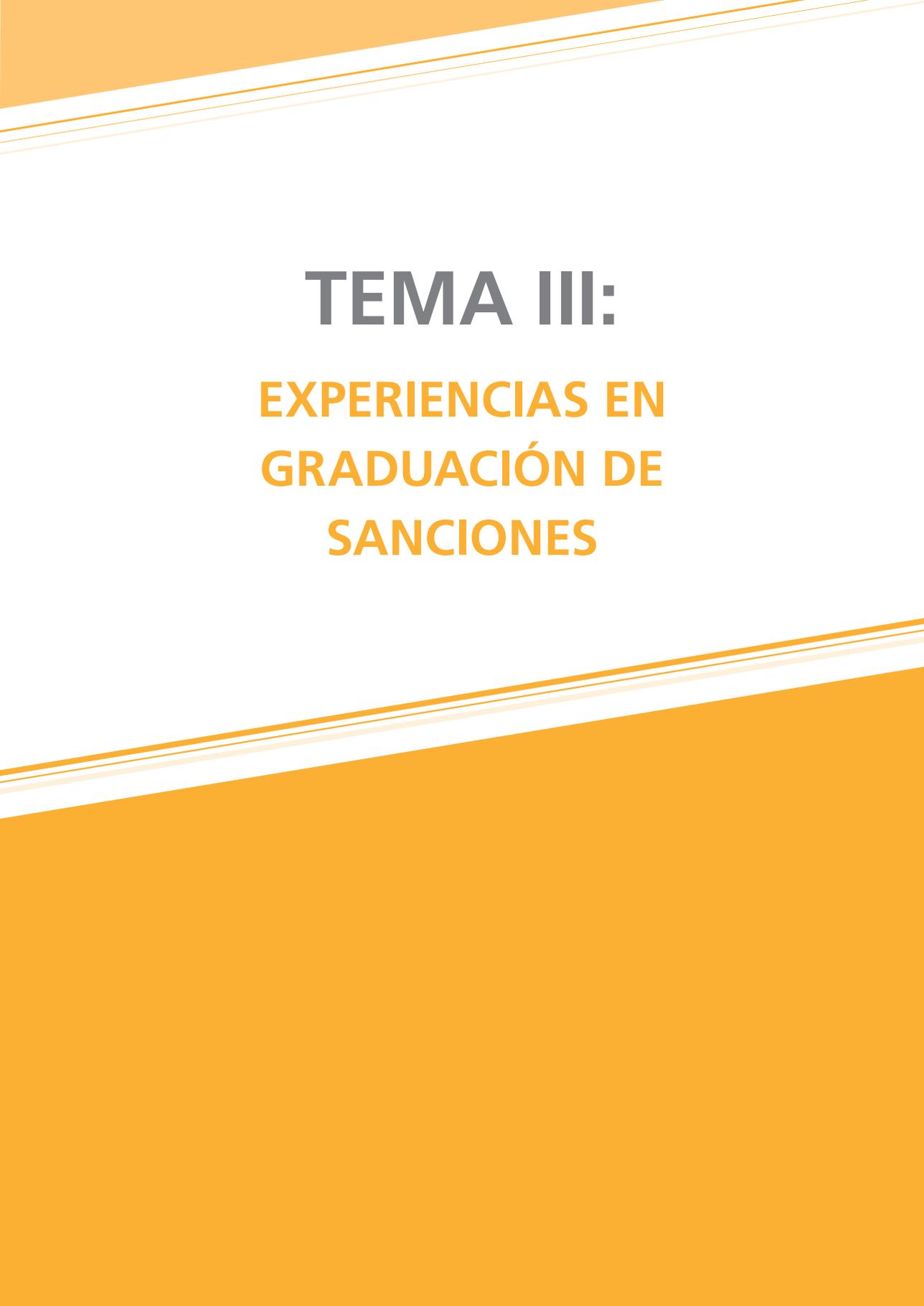


Indecopi Oficial

Radi
INDECOPI

www.indecopi.gob.pe/radio





TEMA III:
**EXPERIENCIAS EN
GRADUACIÓN DE
SANCIONES**



Colombia



CAROLINA LIÉVANO LIÉVANO

Asesora Superintendencia de Industria y Comercio.

Economista de la Universidad de Los Andes con especialización en Gobierno, Gerencia y Asuntos Públicos de la Universidad Externado de Colombia. Trabajó como asistente de investigación en el Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, CEDE, de la Universidad de Los Andes; como economista en la Dirección de Desarrollo Territorial del Departamento Nacional de Planeación y en la Delegatura de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Desde febrero del año 2012 se desempeña como asesora del Superintendente de Industria y Comercio. Fue profesora de cátedra de microeconomía de la Facultad Economía de la Universidad de Los Andes.

Dosificación de sanciones. Artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.



En primer lugar vamos a hablar de los antecedentes que tenemos en la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de dosificación de sanciones y de cuáles son los objetivos que buscamos nosotros con la política sancionadora. Entonces, lo primero que se busca, creo que varios lo han recordado en este foro, ¿qué es? la sanción busca disuadir a los agentes, y ¿cómo lo hacemos? mirando qué incentiva al infractor, y ¿qué lo desincentiva?

A. Disuasión y política sancionadora

El régimen de Protección de la Competencia busca disuadir a los agentes

¿Qué incentiva al infractor?	Beneficio esperado de la infracción
¿Qué desincentiva al infractor?	Costo esperado de la infracción

¿Cómo desincentivar a los agentes?

$$\text{Costo esperado de la infracción} > \text{Beneficio esperado de la infracción}$$

2

¿Qué incentiva al infractor? El beneficio esperado de la infracción que va a cometer, y ¿qué lo desincentiva?, el costo esperado de la infracción. Entonces, entre más alta sea la multa, los agentes van a estar más desinteresados en cometer la infracción. Lo que necesitamos es que el costo esperado de cometer la infracción sea mayor al beneficio.

A. Disuasión y política sancionadora

Elementos de disuasión

<div style="background-color: #0056b3; color: white; padding: 5px; text-align: center; font-weight: bold;">Detección</div> <ul style="list-style-type: none"> • Investigaciones de oficio • Denuncias • Delación 	<div style="background-color: #0056b3; color: white; padding: 5px; text-align: center; font-weight: bold;">Penalización</div> <ul style="list-style-type: none"> • Multas • Criminalización • Daños y perjuicios
---	--

3

¿Qué elementos se tienen?

Para detección: (i) investigaciones de oficio, (ii) denuncias de la sociedad, y (iii) la delación.

Y en temas de penalización: (i) las multas, (ii) la criminalización. En Colombia no tenemos para prácticas comerciales restrictivas, a partir del 2011 se castiga penalmente la colusión en licitaciones¹; y (iii) daños y perjuicios.



Entremos en el tema de los antecedentes, el Decreto 2153 de 1992 establecía, en el numeral 15 del artículo cuarto, el monto de las multas a personas jurídicas; el monto máximo era hasta 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento en que se imponía la sanción.

Por su parte, el numeral 16 del mismo artículo establecía el monto de las multas a personas naturales, este monto era de máximo 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de imponer la sanción.

1 Artículo 410 A del Código Penal



¿Qué problemas teníamos con ese régimen?

En el Decreto 2153 no estaban establecidos los criterios para dosificación de sanciones, por lo que las multas que se imponían no eran óptimas para cada una de las conductas cometidas.



En el 2009, con la expedición de la Ley 1340, se incluyeron los criterios de graduación de sanciones, por lo que actualmente se tienen en cuenta circunstancias de agravación y atenuación para poder graduar la multa, y finalmente las empresas que son sancionadas tienen que hacer publicidad de la sanción que se impuso.

Así, la imposición de la sanción implica un costo social adicional.



En la Ley 1340 de 2009 encontramos en el artículo 25 las multas a personas jurídicas y en el artículo 26 las multas a personas naturales.



Los montos de las multas aumentaron en comparación con las que se tenían antes de la expedición de la Ley 1340. En el artículo 25 se indica que se podrán imponer sanciones por la violación de cualquiera de las normas sobre protección de la competencia, además se incluyó la posibilidad de sancionar por el incumplimiento de instrucciones y ordenes, y la obstrucción a investigaciones, que antes no se tenía. Muchas veces se obstaculizan las visitas administrativas, lo que impide, en algunos casos, llevar a buen término la investigación. Hoy en día es posible, en el caso de que se obstruya una visita, o no se cumpla con alguna instrucción, abrir una investigación paralela para sancionar a aquellas personas que obstruyeron la investigación.

El valor de las multas subió hasta 100 mil salarios mínimos pagados a favor de la SIC. Hay posibilidades, cuando se puede medir la utilidad de la conducta, y si ésta resulta ser mayor a los 100 mil salarios mínimos, de imponer una multa de hasta el 150% de la utilidad derivada de la conducta. Este caso es muy difícil porque muchas veces no se tiene la información necesaria para medir la utilidad que generó la conducta, que se derivó de esa conducta, entonces la mayoría de veces se establece la multa teniendo en cuenta el límite de los 100 mil salarios mínimos.

En el artículo 25 también se incluyen los criterios de graduación de la multa y las circunstancias de agravación.

¿Cuáles son los criterios de graduación de personas jurídicas? Se pueden dividir en criterios económicos y financieros y otros jurídicos.



En los criterios económicos se tienen en cuenta: (i) la dimensión del mercado que se afectó con esa conducta, (ii) el impacto que tuvo la conducta sobre el mercado, (iii) el beneficio cuando se puede calcular, (iv) el beneficio obtenido por el infractor, (v) la cuota de mercado de la empresa infractora, (vi) cuales son los activos, o las ventas que están involucrados en la comisión de la conducta, les comentaba ayer que a veces no es fácil encontrar esa información porque no siempre la tienen desagregada en sus estados financieros por línea de negocio, y (vii) también miramos el patrimonio del infractor.

En los criterios jurídicos tenemos: (i) el grado de participación del investigado, esto especialmente en el tema de carteles, y (ii) la conducta procesal durante la investigación.



Como circunstancia de atenuación tenemos la colaboración con autoridades en el conocimiento o la investigación de las conductas. Al respecto se han recibido críticas que señalan que los investigados deberían tener un buen comportamiento durante la investigación, pero no siempre es así, y hay muchos que ponen muchas trabas, problemas en la presentación de información, y dilatan todo el proceso. Esa es una circunstancia que se tendría como agravación, si se comportan como debe ser es una atenuación.

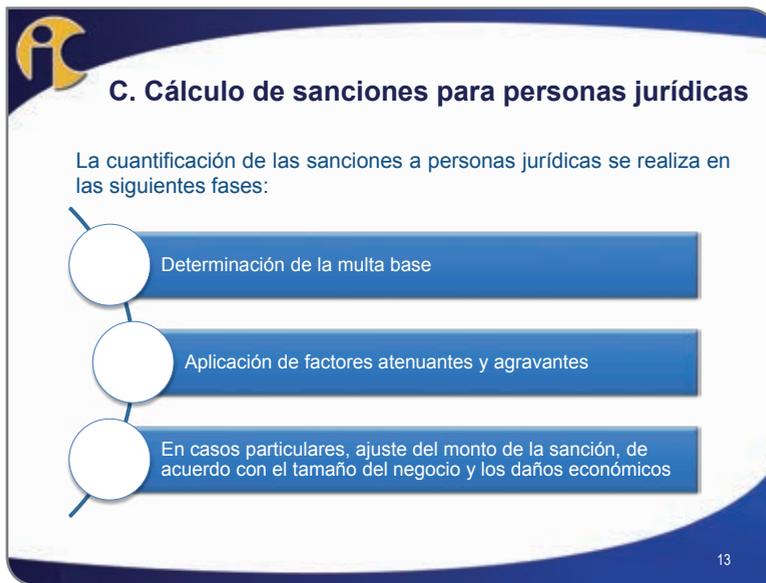
Como circunstancias de agravación tenemos: (i) la persistencia de la conducta infractora, (ii) la existencia de antecedentes en relación con infracciones de libre competencia, así no haya sido la misma conducta, si cometieron otra práctica se les tiene como una circunstancia de agravación, y (iii) como ya les mencioné, actuar como líder, instigador, o en cualquier forma, instigador en la conducta.



El artículo 26 habla de las multas a personas naturales, lo que nos dice el artículo es que a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas de libre competencia deberá imponérsele una sanción de hasta 2000 salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor de la SIC. También incluye los criterios de graduación de la multa y el artículo es muy claro en decir que la multa tiene que ser pagada por la persona natural, no puede ser financiada por la empresa a la cual pertenece de ninguna manera.



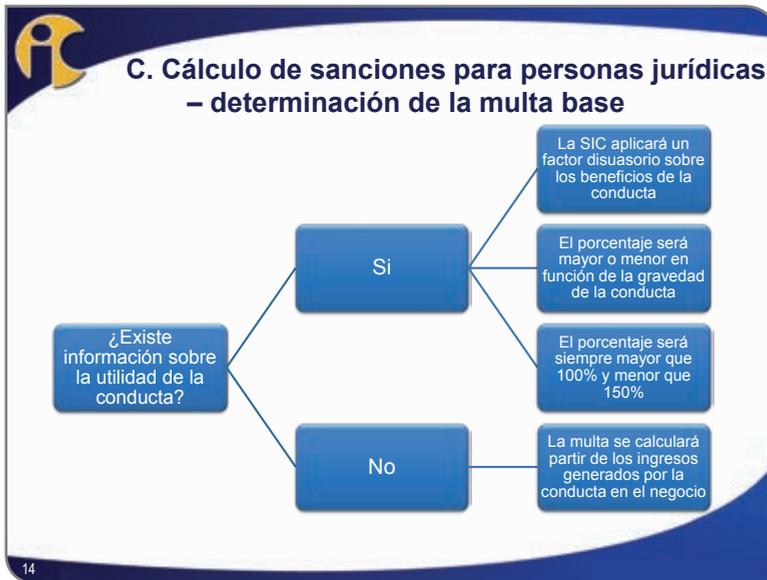
Entre los criterios de graduación de personas naturales, tenemos unos criterios económicos y unos criterios jurídicos. El criterio económico es, el impacto de la conducta sobre el mercado y, en algunas ocasiones, las declaraciones de renta, o algún certificado de sus ingresos. En los jurídicos, (i) persistencia de la conducta infractora, (ii) reiteración de la conducta que está prohibida, (iii) la conducta procesal del investigado, y (iv) el grado de participación de la persona implicada.



¿Cómo cuantificamos las sanciones a personas jurídicas?

Tenemos tres fases:

- Primero determinamos una multa base.
- Luego aplicamos los factores atenuantes y agravantes si los hay.
- Y en casos particulares, ajustamos el monto de la sanción de acuerdo al tamaño del negocio y a los daños económicos cuando se pueden medir, porque no siempre lo podemos hacer.



¿Existe información sobre la utilidad de la conducta? Si existe, se aplica un factor sobre los beneficios de la conducta, miramos si el porcentaje es mayor o menor en función de la gravedad de la conducta, siempre que esté entre 100% y 150%, se puede aplicar una multa que sea hasta el 150% de la utilidad.

C. Cálculo de sanciones para personas jurídicas – determinación de la multa base

$$MB = p(\%) * INA * N$$

Donde:

- MB:** Multa base
- p(%):** Porcentaje según gravedad de la conducta
 - Gravedad leve: 10%
 - Gravedad media: 20%
 - Gravedad alta (a aplicar siempre en casos de cartelización): 30%
- INA:** Ingresos generados por la empresa en el negocio afectado por la conducta durante el último año fiscal de la sanción
- N:** Número de años en que se haya probado la existencia de la conducta
 - Menos de un año: 0,5
 - Entre 6 y 12 meses: 1

En casos de especial gravedad, la SIC se reserva el derecho de aplicar sobrecargos del 15% o el 25% sobre los ingresos en el negocio a la multa base

Cuando no se cuenta con eso, se calcula la multa a partir de los ingresos generados por la conducta en el negocio, si no se tienen los ingresos generados en ese negocio, hay que remitirse a los ingresos totales de la empresa y con base en dicha información calcular la multa base. Básicamente utilizamos esta fórmula en la que la multa base es igual al porcentaje según la gravedad de la conducta, 10% si es gravedad leve, 20% si es media, y 30% si es alta, alta es generalmente cuando son carteles, el ingreso generado por la empresa en el negocio afectado durante el último año fiscal en que se cometió la sanción y el número de años que se probó la existencia de la conducta, si es menos de un año se aplican 0.5 y si está entre seis y doce meses de 1, y así sucesivamente.

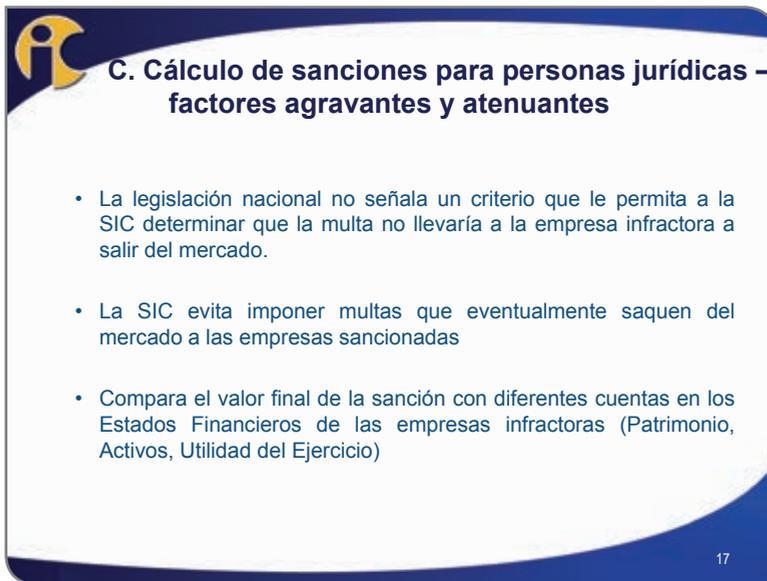
En casos de especial gravedad la Superintendencia se reserva el derecho de aplicar sobrecargos entre el 15 y 25% sobre los ingresos en el negocio a la multa base, todo esto siempre que no supere los 100.000 salarios mínimos.



¿Cuáles son los factores agravantes? (i) la persistencia o reincidencia en conductas anticompetitivas, si es grave se aumenta un 50%, si es muy grave el 100%, (ii) si hubo negativa a cooperar u obstrucción en la investigación, dependiendo del tipo de negativa u obstrucción que hubo, si es leve un 25% más, si es grave un 50% más y si fue muy grave un 100%; si es un instigador entonces un 50% más.

Factores atenuantes: (i) si hubo un cese inmediatamente anterior después de la apertura de investigación se le resta un 10%, (ii) si fue una infracción por

negligencia, muchas veces no son conscientes, como en casos de integraciones empresariales, a veces no son conscientes de que tienen que informar a la Superintendencia de la operación, y cuando no lo hacen se considera una infracción, entonces si fue por negligencia, se le disminuye un 5%; (iii) cooperación plena en la investigación, si hacen que la investigación sea más rápida y no se demore tanto, lo que genera unos ahorros en los recursos de la Superintendencia, se le resta un 10%, y (iv) en los casos en que la infracción haya sido promovida por una autoridad pública, se le resta un 50%.



C. Cálculo de sanciones para personas jurídicas – factores agravantes y atenuantes

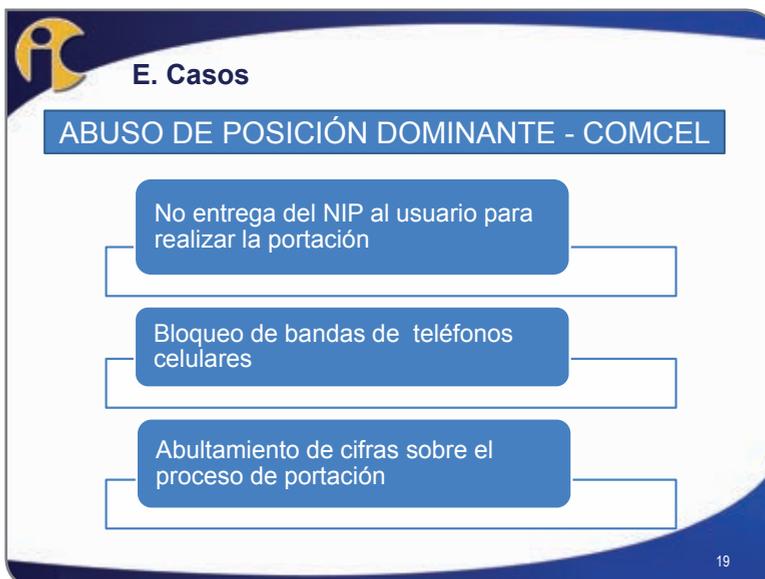
- La legislación nacional no señala un criterio que le permita a la SIC determinar que la multa no llevaría a la empresa infractora a salir del mercado.
- La SIC evita imponer multas que eventualmente saquen del mercado a las empresas sancionadas
- Compara el valor final de la sanción con diferentes cuentas en los Estados Financieros de las empresas infractoras (Patrimonio, Activos, Utilidad del Ejercicio)

17

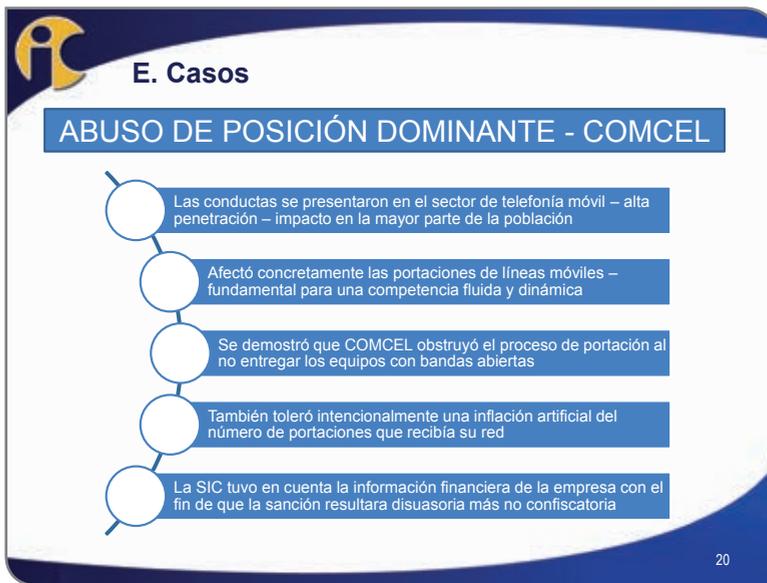
La normatividad que se tiene ahora no señala un criterio que permita determinar cuándo la multa llevaría a la empresa infractora a salir del mercado, en ningún momento la ley dice que la multa no puede ser mayor al 10% del patrimonio o al 50% o al 20%, entonces la Superintendencia evitando imponer multas que eventualmente saquen del mercado a las empresas sancionadas, compara el valor final de la sanción con diferentes cuentas de los estados financieros, como el patrimonio, los activos, la utilidad del ejercicio para tener una idea de si la multa es confiscatoria o está de acuerdo con los recursos que la empresa tiene.



Se observa en la gráfica que, mientras en el 2012 se impusieron 25.405 millones de pesos incluyendo investigaciones que venían con el régimen anterior, bajo el cual solo se podían imponer hasta 2000 salarios mínimos de multa, en el 2013 se dio un aumento del 401% en el total de las sanciones impuestas.



Este caso es el más significativo que hemos tenido, el caso de abuso de posición dominante de Comcel, que actualmente en Colombia es CLARO, en este caso se investigó a la empresa por tres conductas, (i) no entrega del número de identificación personal al usuario para realizar la portación a otro operador de telecomunicaciones, (ii) el bloqueo de bandas de teléfonos celulares, y (iii) el abultamiento de cifras sobre el proceso de portación. ¿Qué tuvimos en cuenta cuando impusimos la sanción?



Que estas conductas se presentaron en el sector de telefonía móvil, un sector que en Colombia tiene una penetración muy alta, más allá del 100%, e impacta claramente a la gran mayoría de la población colombiana.

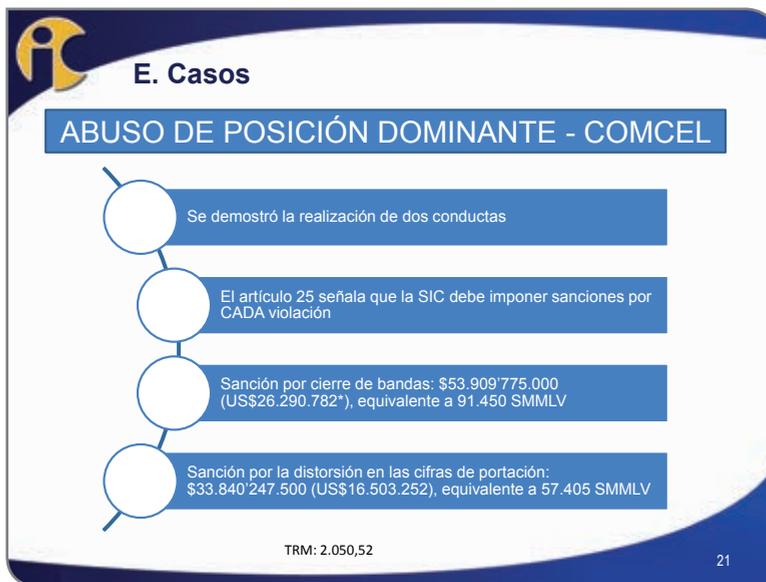
Que afectó concretamente las portaciones de líneas móviles. Esta política de portación se empezó a aplicar con la idea de incentivar la competencia, y al obstruir Comcel este mecanismo, está obstruyendo la competencia.

Se demostró que cuando Comcel se negaba a abrir las bandas de los teléfonos o vendía los teléfonos con las bandas cerradas estaba obstruyendo el proceso de portación porque cuando los usuarios tenían que acercarse al operador para solicitar que la apertura de las bandas, Comcel señalaba que no lo podía hacer, haciendo que el usuario desistiera de hacer la portación. Incluso, a pesar de que la orden de la comisión era vender los equipos con las bandas abiertas, Comcel

seguía haciéndolo y seguía solicitando a los distribuidores los equipos con bandas cerradas.

También se encontró que Comcel toleró intencionalmente una inflación artificial del número de portaciones que recibía su red. Si bien no fue una política impuesta por Comcel, dos distribuidores incentivados por una política de premios que les estaba dando Comcel, iniciaron un proceso de compra de tarjetas prepago de Movistar, para luego hacer portaciones ficticias, sin un cliente real. Cuando Comcel recibió una carta de Movistar donde el representante legal le informaba que habían notado que estaba pasando esto con 17 de mis líneas, lo cual no era normal Comcel no hizo nada hasta después de que paso la temporada navideña.

Se tuvo en cuenta información financiera de la empresa, en este caso en particular existió la dificultad de no poder tener en cuenta los ingresos que pudo obtuvo en el sector de telefonía móvil, porque tenía televisión, internet, todo agregado, entonces únicamente se tuvieron en cuenta el patrimonio y los ingresos totales.



En este caso solo se demostró la realización de dos conductas, que fueron: (i) obstrucción a la apertura de las bandas, y (ii) el abultamiento de las cifras. Se impusieron 2 multas por cada una de las conductas, la primera, por el cierre de bandas equivalente a 26 millones de dólares y la segunda por la distorsión de las cifras de portación equivalente a 16 millones de dólares.

“De conformidad con las facultades asignadas por ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, se impondrán las multas aplicando para cada caso particular las circunstancias de agravación y atenuación previstas en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, así como la facultad discrecional del Superintendente en esta materia”

Muchas gracias.

Colombia



DENNIS SÁNCHEZ NAVARRO

Integrante del Grupo de Estudios Económicos de la Superintendencia de Industria y Comercio. (hasta el 16 de junio del 2015)

Economista y Magíster en Economía de la Universidad Nacional de Colombia, con amplia experiencia en investigación y formulación de políticas públicas, elaboración de estudios sectoriales y análisis de competencia, y como docente en microeconomía y econometría. Se ha desempeñado como investigadora en el Departamento Nacional de Planeación y en la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia. Actualmente estudia en Columbia University, becada por el Banco Mundial, el programa de Master in Public Administration.

Sistema de dosificación de sanciones en protección al consumidor en Colombia.



En primer lugar me presento, yo soy Dennis Sánchez, miembro del equipo de estudios económicos de la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia es un ente que tiene 6 grandes dependencias, que se dividen en 3 camisetos o funciones (supervisión, vigilancia y control).

En esta ocasión les quiero hablar acerca de las funciones de protección al consumidor, y luego mi compañera tendrá la oportunidad de comentar acerca de las funciones relacionadas con la protección de la competencia.

En segundo lugar, quisiera aclarar que mi presentación se enmarca en el tema de protección al consumidor, que desde la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) se aborda a través de dos enfoques:

- i) La posible afectación al mercado en general, la cual está a cargo de la Delegatura de Protección al Consumidor .
- ii) Los posibles conflictos entre el consumidor y proveedor de un bien o servicio, lo cual se analiza a través de la Delegatura de asuntos jurisdiccionales, en la cual, la SIC que actúa como juez.

En este caso, quisiera comentar sobre la definición de las sanciones y los mecanismos que hemos desarrollado en la SIC para determinar el monto a sancionar

En particular, quisiera comentarles el caso en tema de telecomunicaciones. En el cual estamos adoptando un mecanismo de dosificación de sanciones con el fin de determinar el monto a imponer a los infractores.

Este caso tiene importantes lecciones que podrían servir de referencia para futuras decisiones en Indecopi. Este caso se enmarca en la figura del silencio administrativo positivo, no sé si esa figura existe aquí en Perú, pero en Colombia la figura nos dice que ante el evento en que un usuario de telecomunicaciones ponga un requerimiento, este usuario tiene 15 días hábiles o “business days”, para ser resuelto.

Si no fuera resuelto en esos 15 días, entonces se entiende que está resuelto en favorabilidad del consumidor y que debe ser resuelto satisfactoriamente.

En particular, lo que se encontró en este caso, es que a partir del 2012 empezaron a llegar quejas a la SIC. Sobre este punto es importante señalar, que en términos generales, cuando se trata de quejas de consumidores, estas se dirigen a la Delegatura de protección al consumidor, antes una posible afectación al mercado en general. Si se instalan demandas, se dirigen hacia la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales, donde la SIC actúa como juez.

El creciente número de quejas acerca del incumpliendo de los términos de los 15 días que llegó a la SIC empezó a llamar la atención, señalando que los usuarios no estaban recibiendo ningún tipo de respuesta. Ante estos eventos se entendía que el consumidor está protegido por la figura del silencio administrativo positivo.

Sin embargo, cuando se analizaba más en detalle, se encontró que las personas empezaron a decir que en realidad, los operadores móviles no les estaban dejando radicar las quejas. En varias ocasiones señalaron que se habían acercado al servicio de atención al usuario y no les permitieron radicar la queja. Lo que se encontró es que en algunos casos, los operadores, estaban mitigando las cifras de quejas, de insatisfacción de usuarios, limitando los mecanismos de radicación de quejas. Asimismo, se observó un creciente número de personas que radicaban y no recibían respuesta, superando los márgenes legales.

Ese caso que era particular para Ana, o un consumidor normal empezó a crecer progresivamente, hasta que se superaron los toques de quejas de esa naturaleza. Sin embargo, la normativa sobre este caso no era muy clara para entonces, puesto que existía la figura del Estatuto de protección al consumidor (Ley 1480 de 2011), pero paralelo, se tenía otro marco regulatorio en torno al sector de telecomunicaciones del año 2009. El nuevo estatuto de protección al

consumidor, lo que hizo fue asignar las responsabilidades de tipo residual que no estaban contenidas en las otras leyes a la SIC, que a través de la Ley 1480 se volvió autoridad del consumidor. De esa forma, los abogados que tenían el caso del día a día, se enfrentaron a una figura como el silencio administrativo positivo, pero no estaban claros por ejemplo los topes o umbrales de sanción a los que estaban vinculados.

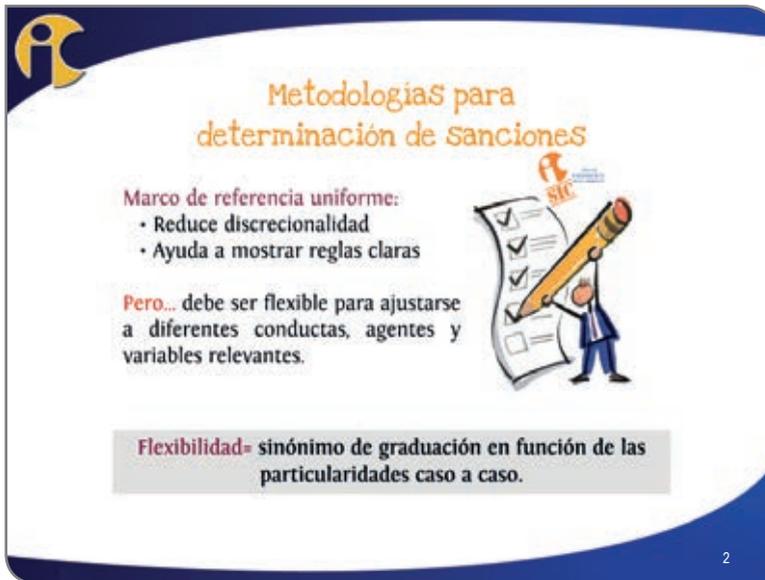
En 2012, en la SIC adicionalmente se da otro evento que es la creación del Grupo de Estudios Económicos. Ante el creciente número de quejas el Delegado de Protección al Consumidor, acudió al grupo señalando que necesitaba apoyo técnico en la definición de un mecanismo que permitiera atender un número creciente de quejas provenientes del incumplimiento del Silencio Administrativo Positivo (SAP), y que sirviera como mecanismo uniforme para que independiente del funcionario a cargo, las sanciones fueran consistentes.

De esa forma, desde el Grupo de Estudios Económicos, tratamos de producir algo que fuera útil en cuatro frentes.

El primer objetivo, era darle un insumo al investigador que se estaba enfrentado a una figura relativamente nueva, para que tuviera unos criterios uniformes y específicos sobre los cuales determinara si se trataba de un incumplimiento al SAP.

El segundo, era determinar las variables relevantes sobre las cuales el investigador se podía basar para poder liquidar la multa, en caso de que haya lugar una sanción. El margen regulatorio en el caso de protección al consumidor, llega hasta el umbral de los 2,000 salarios mínimos, que son más o menos 600,000 dólares. Dentro de este margen, los investigadores tenían un amplio universo de posibilidades, para determinar la sanción.

Entonces, el tercer objetivo consistió en unificar criterios con el fin de desarrollar una metodología clara y consistente en el tiempo. Por último, se buscó que la SIC desarrollara un registro de lo que se estaba sancionando, con el fin de tener el comportamiento histórico de las decisiones y los montos de sanción impuestos.



Metodologías para determinación de sanciones

Marco de referencia uniforme:

- Reduce discrecionalidad
- Ayuda a mostrar reglas claras

Pero... debe ser flexible para ajustarse a diferentes conductas, agentes y variables relevantes.

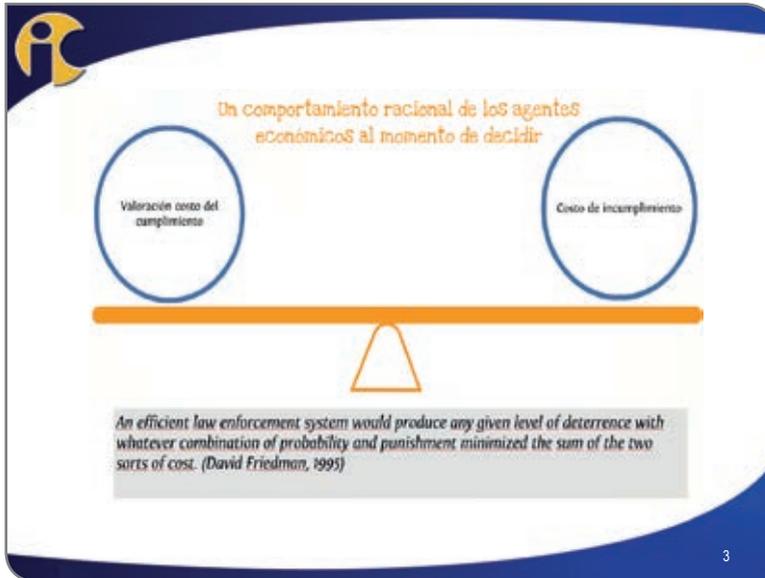
Flexibilidad= sinónimo de graduación en función de las particularidades caso a caso.

2

El propósito del Grupo de Estudios Económicos, fue así desarrollar una metodología uniforme y defendible técnicamente que nos permitiera definir una posible sanción. ¿Porque es importante este caso?, pues porque vía volumen de quejas se empezó a ver la necesidad de una metodología. Aunque los valores individuales de sanción ante cada caso fueron relativamente bajos, con sanciones alrededor de los 35,000 dólares, se logró contar con un mecanismo uniforme, consistente y claro para la Entidad. De esa forma, la entidad pudo contar con un instrumento que le permitió tener criterios uniformes y que le permitió evacuar un número importante de solicitudes bajo esa figura.

El instrumento desarrollado a partir de la metodología que ya les voy a mostrar, consistió en un sencillo aplicativo, que les sirvió a los investigadores para ser consistentes con las sanciones impuestas a partir de criterios claros y uniformes.

En segundo lugar, es importante señalar que en la medida en que las entidades públicas como la superintendencia o Indecopi tienen recursos humanos limitados, la SIC adicionalmente buscó un mecanismo de coordinación a través de un convenio con los mismos operadores, puesto que dado que los montos no eran tan significativos para disuadir la conducta, se buscaba disciplinarlos a través de otro instrumento adicional a la sanción.



¿Cómo disciplinarlos?

Pues se decidió hacer un trabajo conjunto a través de un convenio en el que si bien la queja ya está registrada, les permitiera a los operadores ir a donde el consumidor y mostrar una disposición de ayuda a ese consumidor.

Ese convenio logró reducir en un 30% las quejas que se estaban recibiendo, incentivando al proveedor del servicio a buscar una solución directamente con el usuario. Este nuevo instrumento, también es otra lección importante del caso que les comparto.

Esta estrategia, permitió que los operadores de servicios de comunicaciones se vincularan más al proceso, sean más conscientes de la figura del SAP y a su vez generen instrumentos para agilizar los trámites, incluso en los casos en que la queja ya estaba en trámite al interior de la Superintendencia.

Costo del incumplimiento

Severidad y consistencia
Análisis consistente y de conformidad a la conducta.

MONTO DE LA SANCIÓN + **CONSISTENCIA DINÁMICA**

Umbrales legales Predecible, menor grado de discrecionalidad

Facultades:

- Administrativas para ordenar la suspensión
- Sancionatorias para reprimir a los infractores
- Jurisdiccionales para resolver sobre las controversias
- **Ley 1480 "Estatuto del Consumidor"**: amplió el abanico de derechos de los consumidores colombianos, creando mecanismos más severos y eficaces para proteger dichos derechos. Aumentó la capacidad sancionatoria
- **EMPRESAS**: Sanciones hasta por una cifra cercana a los USD 600.000 (1.200 millones COP) - 2.000 SMMLV. Antes era inferior a los USD 45.000 (90 millones COP). Crecimiento mayor al 1.200% en la capacidad sancionatoria.
- **PERSONAS** : Hasta 30 SMMLV (USD 9.000) Esto también nos ha permitido enviar un mensaje contundente al país: seremos implacables en la defensa de los consumidores.

4

Como les decía, si bien en términos monetarios las sanciones no resultaron tan elevadas, las lecciones en términos de los instrumentos derivados de esa conducta si han sido bastante útiles.

Por último, quisiera ilustrarles el instrumento que se desarrolló para ayudar a los investigadores.

El instrumento es un aplicativo que se diseñó básicamente en Excel, una visualización lo más amigable posible, que fue diseñado desde el Grupo de Estudios Económicos. Para su desarrollo, el Grupo de Estudios Económicos, se basó en la Ley 1480, la cual establece el tope regulatorio en 2,000 salarios mínimos.

La Ley también señala algunos criterios de graduación o dosificación. Uno de esos posibles criterios de graduación por ejemplo es la voluntad o disposición que presente el infractor en buscar una solución para el consumidor.



Objetivos Sistema de Dosificación de sanciones al consumidor

- Facilitar al investigador la delimitación de criterios con los cuales sea posible avanzar en la determinación de una sanción de referencia.
- Incentivar la creación de un historial de soporte de las sanciones, mediante una base de datos, que almacene los aspectos más importantes de un proceso de dosificación.
- Promover la consistencia dinámica en la determinación de sanciones en materia de consumidor.
- Contar con una metodología uniforme y defendible de la manera cómo se determina una sanción por prácticas que afectan a los consumidores.

5

En el aplicativo, denominado Sidocom (Sistema de dosificaciones de multa en el consumidor), permite dejar registro de los cálculos que hace cada abogado o investigador, con el fin de poder rastrear, quién lo hizo, cuándo lo hizo, cuánto sancionó (valor sugerido por la metodología).

Sobre este punto, es importante señalar que la metodología no es rígida puesto que el investigador puede hacer ajustes en los criterios en su consideración, pero la metodología sirve de referencia para que el ejercicio sea consistente dinámicamente con respecto con la misma conducta en el pasado.



El aplicativo, me pide por ejemplo, el nombre del investigador y datos de registro antes de ingresar. El aplicativo luego solicita los datos del año en que se generó la conducta, porque estos años cambian el valor de referencia, que se refiere el valor del salario mínimo del año. Por ejemplo, muchos de los investigadores olvidaban en el cálculo de la sanción que el valor del salario mínimo cambiaba cada año, aunque normalmente se entiende que cada año se ajusta por IPC, no todos lo hacían.

El aplicativo entonces, les permite evitar estos errores. También se deja un registro acerca del número del expediente, NIT, el identificador de la empresa, con este NIT, tiene una página en la que busca y esto está asociado a la empresa a la cual se está analizando, entonces por ejemplo si se señala el NIT de Comcel, que ahora es Claro en Colombia, aparece automáticamente la información de la empresa referida.

De esa forma, trae automáticamente los estados financieros, el valor de los activos y el valor de los ingresos. Esta herramienta entonces economiza tiempo y le va a ayudar a ser un poco más preciso al investigador, también me permite decir en qué servicio, pero solo para el módulo de telecomunicaciones, está la infracción, por ejemplo telefonía móvil, internet, telefonía fija, servicios postales o empaquetamiento, estos cinco se rigen por el artículo 54 de la Ley 1341-2009.

El aplicativo también reporta la información histórica del número de silencios administrativos positivos en el semestre base. Esto le permite, revisar si en el mes inmediatamente anterior usted ya presentó esa conducta y el número, para poder aplicar el concepto de reincidencia.



En la medida en que usted incremente el valor actual con respecto a su reporte histórico, el componente de reincidencia se va incrementando porcentualmente como factor agravante porque no es lo mismo pasarme 36 a 37, que pasarme 36 a 60 infracciones.

Para esto, se consideró una función que considera que en la medida en que excedo más el tope, cada vez me cuesta más. Internamente el aplicativo, calcula unos márgenes y va acumulando esta información que yo se le va asignando a cada criterio.

Por último es importante que la metodología más que dar un valor en sí mismo permitiera generar un mecanismo uniforme, automatizado que permite que la SIC tenga sanciones consistentes en función de las diversas conductas.



Asimismo, este caso sirvió para generar nuevos mecanismos de coordinación para disciplinar a los operadores, traerlos ante la autoridad, mostrar disposición para hacer las cosas mejor y dejó como resultado una metodología que ayudo a mejorar los tramites en la superintendencia.

Muchas gracias,

PREGUNTAS DEL PÚBLICO ASISTENTE

Pregunta: ¿Qué pasa con el dinero recolectado de la multa?

Respuesta: Tenemos dos figuras, en la figura de afectación al mercado como sería este caso, un volumen significativo fue afectada por la conducta, se recauda todo ese dinero y no se retorna al consumidor, porque se entiende una afectación general del mercado, si eso es así, el dinero va al gobierno nacional, a las arcas generales, pero por ley el 50% de lo que se recaude por protección al consumidor va a una figura que se llama red nacional del consumidor, el 50 % se destina a invertir en esa red y lo que hace esa red es llevarle los servicios a nivel regional porque la Superintendencia está localizada en Bogotá.

Estos recaudos entonces, se transforman en ayudas al consumidor y a la red del consumidor, pero no vuelve directamente como reembolso al consumidor. Diferente si fuera una demanda bajo el esquema de jurisdicción en el cual si el juez resuelve a favor del consumidor, se compensa al consumidor.

P: Entiendo que la aplicación tiene más de un año aplicándose, ¿las multas resultantes ahora han cambiado en la cuantía?

R: Sí, lo que pasa es que la nueva ley del consumidor, pasó de más o menos 90 mil dólares que eran antes de la ley del consumidor a los 616 mil dólares, ese cambio también significó un cambio en el 150% del tope, y al subir el tope, también se incrementaron las multas en un 89%, solo por silencio administrativo positivo.

P. ¿El aplicativo solo calcula silencio administrativo o calcula otros tipos infractores?

R: Este que les mostré solo aplica para el caso, es decir silencio administrativo, pero ya está diseñado para otros servicios como afectación general.

Chile



JAVIER TAPIA CANALES

Ministro titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Abogado por la Universidad de Chile, Máster en Regulación con mención en Network Industries de la London School of Economics and Political Sciences del Reino Unido; Máster of Philosophy y Doctor en Derecho de la University College London (UCL), Reino Unido. Ex Director de Asuntos Jurídicos de la Asociación de Generadoras de Chile, profesor en la Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile e investigador asociado al Centre for Law, Economics and Society de UCL.

Entre 2011 y 2012 se desempeñó en el cargo de Jefe de División estudios y promoción de la Fiscalía Nacional Económica. Cuenta con diversas publicaciones, tanto en Chile como en el extranjero, y ha participado como expositor en conferencias nacionales e internacionales.

Metodología de cálculo de multas en materia de libre competencia: Una propuesta.



Muchas gracias de nuevo por invitarme y al público por estar aquí; por haber llegado (veo caras nuevas) o haber vuelto.

La verdad es que—entrando derechamente en materia— el tema de la metodología de cálculo de una multa está bastante estandarizado en las diversas jurisdicciones. Cuando uno tiene la posibilidad de hacer un estudio, una especie de “mapeo” de cómo se determinan multas en las distintas partes del mundo, la forma no difiere mucho.

José Luis y Carolina ya han dado una explicación bastante más completa de lo que podría hacer yo, por lo que estoy tentado de no decir mucho! Sobre todo considerando que tengo la “limitación” de ser abogado. Dado esto, quiero aprovechar mi tiempo sólo para hacer algunos comentarios generales y contarles un poco de lo que ha sido la experiencia chilena en esta materia hasta ahora, a fin de que entre todos pensemos y discutamos sobre el tema.

Lo primero es advertir que por más que a uno le gustaría que una metodología fuera la solución a muchos de los problemas de determinación de multas, ella tiene muchas limitaciones. Veamos algunas.

En primer término, como les decía en la mañana, esto de poner a la sanción en el centro de las herramientas de disuasión lo que hace es poner el acento en la discrecionalidad y en las garantías, en cómo están aplicando las multas la autoridad. Si bien una garantía muy valorada es la predictibilidad, a cuyo incremento apunta precisamente el uso de una metodología, no se debe olvidar que los criterios *cuantitativos* no van nunca solos, sino que deben ir de la mano con los criterios *cualitativos* con que se valoren los distintos elementos que influyen en una sanción específica.

Y existen muchos criterios sobre los cuales tenemos que decidir al aplicar una multa. Por ejemplo, ¿es reincidente alguien que cometió colusión y luego cometió un abuso? Probablemente no. ¿Pero alguien que cometió otra colusión en otro mercado? ¿U otro abuso? Recuérdese que varios de los distintos tipos de abusos de dominancia se tienden a parecer mucho entre sí. Si un agente es o no reincidente es una decisión absolutamente discrecional hasta cierto punto, lo que quiere decir, en breve, que si ya los criterios cuantitativos no solucionan por sí mismos el problema de la predictibilidad, ni siquiera lo hacen cuando están acompañados del criterio cualitativo.

Esto, de todas formas, no es algo negativo. Por el contrario: los infractores potenciales no deben ser capaces de “calcular” por adelantado cuál será la sanción a la que se enfrentarán. Mi punto es que las expectativas cifradas en una metodología en relación con la disminución de la discrecionalidad (un punto que todo economista destaca) deben ser medidas.

Luego, tenemos también el grave problema informacional que mencionaban Carolina y José Luis. Una pregunta relevante que debemos hacernos cuando decidimos implementar una metodología de determinación de sanciones es cómo la aplicamos, para lo cual necesitamos datos. Enseguida, ¿cómo hacemos para que la metodología realmente sea tan objetiva como se pretende? Bueno, esto también dependerá de los datos con que se cuente. Si ya en nuestros países la información suele ser escasa, esto probablemente se acentúa en un sistema judicial como el chileno, donde son las partes las que proveen de información al Tribunal. Por esto, en la práctica la pretendida objetividad suele ser reemplazada por ponderación sujeta a criterios no establecidos (y, peor aún, a veces no explicitados).

Finalmente, también está el aspecto institucional, el cual –lamentablemente– tiende a ser soslayado. Un sistema como el peruano, un sistema como el colombiano, son sistemas administrativos; esto es, existe una agencia

(administrativa) que impone las sanciones (especialmente multas). Este sistema es la regla general en el mundo, que se sigue también en el derecho europeo, por ejemplo. Existe una agencia y hay una revisión judicial después.

Por el contrario, el sistema chileno es judicial. Nosotros somos cinco jueces y, como mencionaba, dependemos de lo que aporten las partes; dependemos de la prueba que aporten. Esto implica que al problema informacional que antes mencionaba, se suma el problema de que las partes no actúan de manera colaborativa. Usted, en su posición de litigante, no es colaborativo (no tiene por qué serlo). Usted, en un contexto de litigación, lo único que quiere es tener la mayor prueba de su caso, pero no del caso de su contraparte; o bien desea preparar el caso para la instancia siguiente de revisión.

Por esto, el problema informacional se agrava en un sistema judicial como el chileno. Y eso hay que tenerlo en cuenta también al momento de intentar aplicar una determinada metodología. ¡La institucionalidad es muy relevante!

Aunque estas metodologías están estandarizadas en el mundo (partimos con porcentaje de las ventas como multa base, más atenuantes y agravantes, etc.), su aplicabilidad en concreto dependen de la información y ésta, a su vez, del sistema institucional.

El sistema chileno

- DL 211, art. 26 c): El TDLC puede
 - *Aplicar multas a beneficio fiscal **hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3º, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. [...]***
 - *Para la determinación de las multas **se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.***

2

Veamos ahora cómo ha sido la experiencia en Chile. Si me disculpan la auto-promoción, más detalles los pueden encontrar en mi paper publicado en la Revista Estudios Públicos: http://www.cepchile.cl/1_5455/doc/la_aplicacion_de_multas_a_agentes_economicos_en_el_derecho_chileno_de_la_libre.html#.VcJwujAn_Gc).

En Chile, nuestra ley de competencia no dice nada; o casi nada.

Sólo dice que se debe “considerar” el beneficio económico. Y luego prosigue: considere gravedad, verifique si el infractor es reincidente y vea si colaboró.

Estos son los típicos conceptos que luego se recogen en metodologías; e incluso son menos que los que tradicionalmente se consideran, me atrevería a decir. Pero –este es el punto– la ley no da ninguna luz, ninguna pista de cómo considerarlos cualitativa o cuantitativamente.

Hay otras leyes regulatorias que sí lo hacen (en materia eléctrica, por ejemplo), al menos de un modo más detallado. Pero no la legislación de competencia. Nuestra ley en Chile no dice nada; o casi nada (que, como dice una canción, no es lo mismo, pero es igual)

El tema es, en este contexto, como evitar la regla de los “deditos oscilantes” que mencionó José Luis.

El sistema chileno (cont.)

- Criterios legales sujetos a interpretación
 - Gravedad, reincidencia, etc. no son definidos en la ley
 - Otras leyes regulatorias gradúan la gravedad
- Montos máximos fijados por ley
 - En distintas medidas (UF, UTM, UTA...)
 - En libre competencia son las más altas (US\$30m para colusión y US\$20m en abusos de dominancia)

3

Déjenme enfatizar este punto. Todos los criterios legales están sujetos a interpretación, cualitativa y cuantitativa. Si estamos hablando de gravedad, ¿cuánto aumenta uno la multa por este concepto? Si decidimos aumentar un 10% por gravedad, se debe determinar, a la vez, qué es grave. Por ejemplo, si la colusión es la conducta más grave en materia de competencia, ¿quiere decir esto que todos en los casos de colusión la multa debe ser aumentada en un 10%? No. Siempre hay graduación. Una colusión de una empresa de buses en una ciudad pequeña durante un mes no es lo mismo que una colusión de todos los productores de pollos, durante un buen tiempo, en todo el país. Pero en Chile nada dice la ley sobre cómo hacer esto y, lo más grave, tampoco existe hasta ahora una metodología de las autoridades que aclare estos puntos de manera “oficial”.

Nótese que la técnica legislativa podría mejorar. Como adelanté, hay otras leyes regulatorias en Chile (supongo que acá también) que gradúan la gravedad, estableciendo que ciertas infracciones son graves, otras gravísimas, otras leves, y así. *Legalmente* se manejan distintos grados. Esto mismo podría hacerse, con menor certeza, sí, y menor obligatoriedad, a través de una metodología imbuida en una instrucción administrativa.

Por otra parte, la ley chilena tiene otro problema, y es que fija un monto máximo legal a las multas en UTA, que son las UIT de Uds. (Otras leyes regulatorias también repiten este error).

El problema no está necesariamente en el monto. De hecho, son las multas más altas que hay en materia regulatoria en Chile: hasta un poco menos de 30 millones de dólares (ha bajado el dólar, para beneficio de los infractores) en casos de colusión y 20 millones para casos de dominancia.

El problema está en el método. Establecer un monto fijo acarrea, primero, el riesgo de que éste quede obsoleto con facilidad; y, luego, que no sea proporcional: 30 millones de dólares no le hacen cosquilla a ninguna empresa que factura 400 millones de dólares al mes, pero le pueden hacer un daño tremendo a una empresa pequeña que no alcanzará nunca ese nivel de facturación. Si no existe una guía de cuándo imponer el máximo y cuándo no, el peligro de que se impongan multas desproporcionadas crece.

Alta incertidumbre

- Falta de predictibilidad: *a priori* no se puede determinar cómo influye cada criterio en el monto final
- Falta de transparencia: *a posteriori* no se puede determinar cómo cada criterio fue balanceado ("pesado") en un caso concreto
- La Corte Suprema lo ratifica:
 - Multa es "casi como una facultad discrecional", impuesta "...sin suficientes motivos, fundamentos y circunstancias sobre los parámetros utilizados para la fijación del monto en cuestión"
 - Enfatiza necesidad de fundamentar su aplicación para consecución del debido proceso, tanto formal como sustancial (este último vinculado a la razonabilidad y la proporcionalidad)

4

En términos de política de competencia, un límite máximo establecido de esta forma no necesariamente es disuasivo, a la vez que genera incertidumbre, alta falibilidad, poca predictibilidad, y falta de transparencia.

Nuestra Corte Suprema dijo alguna vez, a modo de crítica, que esto de fijar las multas había devenido en una facultad discrecional, pues ellas se imponen sin suficientes motivos, sin fundamentos, sin circunstancias.

Lo grave es que esta crítica se la hizo al Tribunal de la Competencia, un tribunal especializado que teóricamente sabe (o debiera saber) cómo fijar multas.

Otros Problemas

- Imposibilidad de determinar el beneficio económico
 - Múltiples métodos indirectos, con dificultades técnicas e informacionales y alto grado de especulación
 - Pesada carga administrativa
 - *Solución*: utilizar un sistema que adopte un valor de referencia equiparado teóricamente al beneficio económico
- Criterios legales insuficientes y vagos
 - Por ej.: "colusión es la sanción más grave"... pero *cuánto* más?

5

Y luego está el tema del beneficio económico. Varios economistas (en el mundo) han tratado de calcular este beneficio para luego concluir que él no se puede calcular. Se pueden hacer estimaciones, usar contrafactuales, etc., pero la verdad es que no hay una posibilidad de cálculo cierta y que resulte poco costosa a la agencia o tribunal que vaya a acometer el cálculo.

Y más problemas

- Multa máxima actual
 - Multa máxima debe respetar proporcionalidad, pero esto no implica tope en monto determinado por ley
 - Riesgo de obsolescencia
 - No respeta capacidad económica
 - Lo importante no es la forma, sino la disuasión. Actualmente, multa puede no disuadir.
 - Por ej.: sobreprecio de carteles estimado entre 13-49% (dependiendo del estudio)
 - Probabilidad de detección parece ser baja

6

Y aquí volvemos al tema de la multa máxima que ya les mencionaba antes...

Mi propuesta (2013)

- Multa base: 15-25% de las ventas netas del producto efectuadas en Chile
 - Porcentaje depende de la gravedad de la conducta
 - Duración: las ventas se *suman* por cada año de duración de la infracción
- Ajuste del porcentaje en función de agravantes y atenuantes
 - Agravantes: aumento de hasta un 30% de MB, dependiendo de la causal
 - Atenuantes: disminución hasta un 20% de MB, dependiendo de la causal
- Ajuste al máximo legal
 - Requiere cambio legal (urgente!): pasar de sistema de suma fija (UTA) a porcentaje
 - Propuesta: 10% de la facturación total neta de la firma
- Eventual ajuste por *leniency*

7

Hace un año aproximadamente propuse, en el paper del que les contaba al principio de esta intervención, una metodología de cálculo de multas para Chile, cuya base se resume en esta lámina. No es que me haya iluminado: explicité los temas estándar que son iguales en la mayoría de las jurisdicciones donde hay metodologías, pero aplicándolas de acuerdo a las características de nuestro sistema.

Y al hacerlo, me di cuenta que el mayor tema radica en la cuantificación y consideración de los factores atenuantes y agravantes. José Luis Bonifaz mencionaba la intencionalidad, por ejemplo. Yo tengo mis dudas que éste en realidad sea un factor.

En materia de competencia, lo que Ud. quiere es –por decirlo de una forma algo violenta– “matar” a sus competidores. Esa es la idea, “matarlo” comercialmente con herramientas lícitas. Que el más eficiente triunfe. Entonces, si lo que se *desea* es que el competidor salga del mercado, es contrario a la propia competencia calificar esa intencionalidad como negativa. Ahora, si por intencionalidad sólo nos referimos a voluntariedad del acto, nada nuevo estamos agregando. Por esto intentar definir cuánto se sube o se baja una multa en relación a la intencionalidad es algo bastante complejo.

Otro factor, atenuante ahora, es la colaboración. Y este es un tema que se vincula con otro relativamente moderno que está creciendo en diversas jurisdicciones, en materia como anticorrupción, por ejemplo, pero que en competencia todavía no lo tomamos muy en serio: el área de *compliance*. Aquí hay mucho trabajo para los abogados (lo que es bueno). ¿Cómo hace la empresa para cumplir en general con la normativa, sea medioambiental, financiera, de libre competencia, etc., y prevenir infracciones? Es un cambio de mentalidad, de modelo, como argumenté en la mañana. Si se implementaran programas de *compliance* serios y efectivos, a nivel de multa él debiera verse reflejado; es decir, la autoridad debiera considerarlo al imponer la sanción.

Otro tema que también tiene que ver con los atenuantes y agravantes es el ajuste por el tamaño del negocio. Carolina hablaba de esto, así que no repetiré mucho. Pero no tengo tan claro que uno debiera evitar que una empresa salga del mercado por causa de la multa si ha cometido una infracción. En verdad no hay evidencia empírica que esto ocurra; pero supongamos que puede ser cierto. No es claro que la consecuencia deba ser tomada en consideración al momento de calcular la multa (aunque hay jurisdicciones, como la europea, que sí lo hacen – pero “ojo”, que sus objetivos son distintos).

Relacionado con esto está el tema de los casos de mercados “especiales”. Otra cosa típica que hacen las autoridades es considerar que ciertos mercados son especialmente “sensibles”, por lo que se agrava la falta.

El problema es que no es claro qué mercado es más sensible. Un mercado de buses de una ciudad pequeña es tan sensible para los consumidores de esa ciudad como el mercado de las farmacias puede serlo para todo el país.

Hay mercados muy pequeños en términos de consumidores afectados o en términos geográficos, pero que son tan “sensibles” para los afectados como cualquier otro. Considerar más grave una infracción en algunos mercados es totalmente contrario a la lógica de poner freno a la discrecionalidad excesiva.

Jean Tirole, el premio nobel de economía, tiene un paper que específicamente indica que no deben considerarse mercados como sensibles. En lo personal, creo que uno debiera ser cuidadoso con el hecho de establecer ciertas gravedades o atenuantes en función de las características del mercado, porque al final toda colusión es grave y, por lo tanto, debiera ser tratada de forma relativamente igualitaria.

Y finalmente está el factor de disuasión. En lo personal tampoco tengo claro que uno deba usar un factor de disuasión independiente de la duración (y eventualmente de la gravedad) como lo hacen los europeos y norteamericanos. No tengo una respuesta definitiva en este tema, para serles franco; creo que

da para pensar y podría ser útil como señal, pero deja en evidencia que todo el tema metodológico no sirve en realidad para disminuir la discrecionalidad sino en términos mínimos.

Todo esto que les he relatado en forma breve lo hemos tratado de recoger recientemente en el Tribunal en Chile. No por mí, por cierto, porque hay varios proponiendo lo mismo; yo sólo formalice un poco las ideas.

El gran problema, nuevamente, es la falta de información, que no permite calcular de manera adecuada la multa base y sus ajustes. Además, muchos ajustes en el derecho chileno terminan siendo imposibles, porque al final todos los casos quedarían en la multa máxima o más arriba. Y eso es una mala política, porque incentiva a la FNE (la agencia persecutora) a solicitar siempre el máximo de la multa.

Ante esto no queda mucho por hacer más que esperar una modificación legal que cambie el sistema hacia uno donde la multa sea proporcional a la ganancia ilícita.

Con todo, la pregunta relevante seguirá siendo si el uso de una metodología realmente permite mayor transparencia y predictibilidad (considerando, de nuevo, que un 100% de predictibilidad y transparencia tampoco es recomendable).

Críticas y respuestas

- (1) "*Sistema 'mecanicista'*"
 - No 100%. Deja espacios al juez, pero acota discrecionalidad de manera importante
 - Menor espacio a litigación especulativa
 - Mejor ajuste a capacidad contributiva
 - Aumenta transparencia y predictibilidad
 - Libera recursos de las agencias
- (2) "*Imposible acabar con discrecionalidad'*"
 - No es deseable: un cierto grado de discrecionalidad evita "cálculos" del "precio" de cometer una infracción
 - Multa es necesariamente casuística, por disuasión y cuestiones valóricas
- Metodología cuantitativa es complementaria a definiciones cualitativas

8

Mi impresión es que sí, pero teniendo en cuenta este último aspecto.

Una metodología efectivamente sirve para proyectar transparencia y predictibilidad, pero (afortunadamente) siempre dejan un sano margen de apreciación al juzgador. Siendo así, su uso es positivo: permite una litigación menos especulativa, se aumenta la transparencia y se liberan recursos de la agencia que de otro modo estarían enfocados en cálculos ad-hoc, caso a caso.

Es muy importante tener un sistema como éste, con todos los “peros” que uno pueda encontrar. La multa siempre va a ser casuística, siempre va a estar determinada por las circunstancias del caso.

Y por eso –con esto termino– no debemos olvidar que, a la par de todo lo que hablamos hasta ahora, está la proporcionalidad.

Optimalidad y proporcionalidad no necesariamente se contraponen. Aunque la primera es utilitarista y la segunda es impuesta en razón de demandas de justicia retributiva, no son necesariamente contrarias entre sí. Carolina dijo algo que me llamó la atención: “antes” las multas no eran óptimas.

Bueno, yo no sé si lo van a ser en algún minuto; no obstante cuanto tratemos de objetivarlas a través del uso de metodologías u otros. Y es más: creo que es bueno que no lo sean.

Fuera de que la optimalidad sólo debiera cumplirse a nivel de sistema, el criterio debiera avanzar hacia la adecuación; a la adecuación de la sanción dentro de un sistema regulatorio concreto.

Muchas gracias nuevamente.

¡Muchas gracias!

GRACIAS POR SER ASI DE SIMPLE

Contacto:
jtapia@tdlc.cl
jtapiao2@gmail.com

Otras fuentes:
Tapia, Javier (2013): "La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia: una propuesta metodológica", *Estudios Públicos* 132, primavera, pp. 71-105

TDLC

Perú



JOSÉ LUIS BONIFAZ

Centro de Investigación Universidad del Pacífico.

Ingeniero Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de maestría en economía en la Universidad del Pacífico y en Georgetown University. Ha sido Vice-Decano de la Facultad de Economía y Finanzas de la Universidad del Pacífico, Gerente General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento y consultor del BID, CAF, CEPAL, GIZ, KfW y Banco Mundial. Actualmente es Director de la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico y Vocal de la Sala N°1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi.

Criterios generales para la graduación de sanciones y herramientas para la valoración del daño.



Criterios generales para la graduación de sanciones y herramientas para la valoración del daño

José Luis Bonifaz
Centro de Investigación
Universidad del Pacífico

5 de noviembre de 2014

Agradezco a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Indecopi por el apoyo en la preparación de esta presentación. Por supuesto los errores u omisiones son de mi exclusiva responsabilidad.

Índice

I. Introducción

II. Criterio generales para la aplicación de sanciones

- 1.1. Marco teórico
- 1.2. Objetivo
- 1.3. Conceptos básicos

III. Propuestas de valoración del daño en la graduación de sanciones

- 2.1. Valor social del tiempo de viaje
- 2.2. Valor estadístico de la vida
- 2.3. Retornos de la educación superior

IV. Conclusiones

Este es el índice, una introducción, criterios generales para la aplicación de sanciones, y algunas propuestas que hemos estado discutiendo al interior de la Gerencia, que pueden ayudar a hacer más objetivas las multas y al final unas conclusiones; por supuesto, todo esto lo voy a abordar desde el punto de vista económico, yo no soy abogado ni pretendo serlo, aprendo mucho de ellos y discrepo con ellos.

I. Introducción

- Los regímenes sancionadores tanto del Indecopi como de otros organismos con funciones de fiscalización se encuentran en rangos, por lo que corresponde realizar una graduación.

Comisión/Dirección	Siglas	Marco Normativo	Sanciones a imponer		Calificación
			Desde	Hasta	
Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas	CEB	Ley 30056	Amonestación	20 UIT	Leve, grave o muy grave
Comisión de Fiscalización de la Competencia Desteal	CCD	DL 1044	Amonestación	700 UIT	Leve, grave o muy grave
Comisión de la Defensa de la Libre Competencia	CLC	DL 1034	-	1000 UIT	Leve, grave o muy grave
Comisión de Protección al Consumidor	CPC	Ley 29571	Amonestación	450 UIT	Leve, grave o muy grave
Dirección de Derechos de Autor	DDA	DL 822	Amonestación	180 UIT	-
Dirección de Inversiones y Nuevas Tecnologías / Dirección de Signos Distintivos	DIN DSD	DL 1075	Amonestación	150 UIT	-

Esta es una pequeña introducción. Lo quiere decir en este cuadro que hay límites a las sanciones a imponer, por lo tanto le corresponde al Indecopi graduar las multas, hay límites inferiores, y límites superiores, de manera que el arte de graduar las multas para cada una de las comisiones y salas, es una metodología que hay que seguir, que debe ser aplicada de manera clara y transparente.

I. Introducción

- Existen criterios generales para graduación de sanciones, sustentados en la teoría económica, con la finalidad de mejorar el carácter disuasivo de las sanciones, así como la predictibilidad.
- Por ello, se realizará una revisión general de los criterios generales para aplicación de sanciones.
- Asimismo, abordaremos la problemática asociada a la valoración del daño y propondremos herramientas que podrían ser incorporadas en la graduación de sanciones.

Un poco de introducción al respecto de la graduación de multas. Existen criterios generales y todos estos criterios están sustentados en la teoría económica que es la que ha aportado la mayor literatura al respecto, y lo que busca es la disuasión de malos comportamientos, así como la predictibilidad.

Entonces vamos a lo largo de esta presentación a analizar los criterios generales para aplicar estas sanciones, que herramientas podrían ser incorporadas, para que las multas tengan una metodología clara y un sustento económico detrás.

Marco teórico

- El análisis del comportamiento de las personas frente a las normas, y la economía del crimen (Beccaria 1767, Bentham 1789).
- Las personas son racionales y por tanto eligen racionalmente en cualquier circunstancia de sus vidas (Posner 1979, Roemer 2000).
- Lineamientos básicos para la graduación de las sanciones (Becker 1968, Polinsky y Shavell 2000 y 2006).

Entonces cuando analizamos el marco teórico, lo que está atrás de estos criterios generales para las sanciones, encontramos desde 1789 a Bentham.

Este autor examinó como se comportaban los actores ante la posibilidad de sanciones, y lo que evalúa son los resultados de este comportamiento mediante una función de utilidad, medida como el bienestar social utilitario, utilidad per cápita de las personas

Desde que Bentham propuso esa teoría hubo un silencio de los economistas acerca del tema hasta Becker en el año 1968.

Marco teórico

Becker (1968): «Crime and Punishment: An Economic Approach»

- Usa el análisis económico para desarrollar políticas óptimas públicas y privadas para minimizar la pérdida social que producen las conductas ilegales.
- La obediencia a la Ley no puede suponerse. Los individuos son racionales.
- El número de infracciones que una persona cometerá es función de las probabilidades de detección, del castigo si es detectado y otras variables como el ingreso disponible en actividades legales o ilegales.
- Se gastan recursos públicos y privados con el fin de prevenir daños. ¿Cuántos recursos y castigos utilizar? Tamaño óptimo del Poder Judicial?
- Los medios con los que se cuenta la sociedad son: incrementar la probabilidad de detección y/o una mayor sanción.
- Pero estas actividades generan costos: no será óptimo aumentarlas al máximo, pues el gasto puede superar las ganancias sociales.

Posteriormente han habido otros autores, básicamente Posner y Roemer, algunos años después, insistieron mucho en el comportamiento racional de los individuos ante cualquier circunstancia de la vida, incluso ante un delito o un probable delito, entonces los lineamientos básicos para la graduación de las sanciones los implanta Becker en 68, que falleció hace muy poco, y Polinski y Shavell en el 2000 y 2006.

Me voy a centrar en Becker, y lo que dice en este paper tan famoso.

El usa el análisis económico para desarrollar políticas óptimas públicas y privadas para minimizar la pérdida social que producen las conductas ilegales; él supone desde el punto de vista económico que la obediencia a la ley no puede suponerse y que los individuos son racionales; y cuando se dice que los individuos son racionales, hay un supuesto bastante fuerte.

¿Qué se busca al imponer una sanción?

Castigar conductas probadamente ilícitas con la finalidad de disuadir comportamientos, buscando con ello internalizar en los administrados los daños generados, debiéndose tener en cuenta que:

- ✓ No debe resultar más ventajoso infringir que asumir el castigo.
- ✓ Debe existir proporcionalidad entre el castigo y la conducta.
- ✓ La multa óptima busca minimizar los costos sociales de las infracciones, dejando de lado consideraciones morales.

Las personas cometen infracciones en la medida que sea beneficioso para ellas cometerlas y ¿cuándo va a ser beneficioso cometer estas infracciones? Depende de un número de variables importantes, como por ejemplo la probabilidad de detección, el castigo si es detectado, ya sea multa, cárcel o cualquier otro castigo y otras variables como el ingreso disponible en actividades legales o ilegales.

Becker también analiza cual es el tamaño óptimo del Poder Judicial, cuales son los recursos que se invierten para prevenir el delito o para castigar el delito y analiza también los medios con que cuenta la sociedad para prevenir el delito que él define básicamente dos; la probabilidad de detección y la sanción; ya sea multa, sea cárcel, o sea de evasión compensada; este análisis lo realiza desde el punto de vista económico, y básicamente formula una medida de la pérdida del bienestar y encuentra formula del nivel de gastos y castigos que minimizan esta pérdida de eficiencia social.

Entonces de lo que podemos sacar de este marco teórico y que es lo que finalmente usa el Indecopi y las agencias de competencias, es que las herramientas con que cuenta que la sociedad son incrementar la probabilidad de detección y una mayor sanción, herramientas básicas digo, porque también hay algunas otras.

Multa no óptima: problemas

- ✓ Multas muy elevadas puede llevar a un resultado contraproducente si provocan la salida de empresas del mercado.
- ✓ Multas muy altas pueden significar mayores costos por la mayor resistencia de los agentes a acatarlas (procesos judiciales, pruebas, etc).
- ✓ Las empresas (aversas al riesgo) reaccionan sobreinvirtiendo en mecanismos para evitar infracción (reputación).
- ✓ El Estado y sus instituciones podrían tener incentivos a multar con el fin de recaudar mayores recursos.

¿Qué se busca al imponer una sanción? Bueno, castigar conductas probadamente ilícitas, con la finalidad de disuadir comportamientos buscando con ello internalizar en los administrados los daños generados, por lo tanto no debe ser más ventajoso infringir que asumir el castigo, ese es un punto clave.

Debe existir proporcionalidad entre el castigo y la conducta, y la multa óptima busca minimizar los costos sociales de la infracción, dejando de lado las consideraciones morales, no es venganza, no es resarcimiento moral, es simplemente buscar que la multa óptima tenga relación con el daño infligido.

Y qué pasa si el Indecopi, en general, procede analizando una multa optima?, es decir que problemas trae fijar una multa no optima? Algunas cosas que están en esta lámina.

Una multa muy elevada, puede llevar a resultados contraproducentes si se producen salida de empresas del mercado, multas muy altas pueden significar mayores costos, debido a la mayor resistencia de los agentes a acatarlos. Así, ambas partes se ven involucradas en procesos judiciales en la presentación de pruebas, es decir hay un despilfarro, llamémoslo así, de recursos tanto públicos como privados.

Las empresas que son adversas al riesgo van a reaccionar sobre invirtiendo en mecanismos para que no las atrapen, y eso también impide por ejemplo la colaboración gremial, la inversión en investigación y desarrollo, y en general un

desperdicio de recursos. Además uno podría pensar, si la multa es demasiado alta podría haber detrás del Estado y sus instituciones incentivos a fin recaudar mayores recursos, esto es lo que trae consigo, una multa no óptima.

Entonces los componentes básicos de una multa óptima son estos cuatro.

Conceptos Generales

Componentes básicos para el cálculo de una multa óptima:

- Beneficio ilícito
- Probabilidad de detección
- Daño
- Factores de agravantes y/o atenuantes

Hablemos rápidamente de cada uno de ellos, para luego pasar a una propuesta para medir el daño.

Beneficio ilícito

- Proviene de la ganancia ilícita obtenida por el infractor producto de la comisión de la infracción.
- Problemas de información: desagregación de datos, tasa de descuento, modelos teóricos, etc.
- En algunos casos es necesario construir escenarios contrafactuales (que habría ocurrido si la infracción no hubiera sucedido), controlando por otros cambios en la economía.
- Beneficio del infractor: Ventas netas, ingresos, utilidades netas?
- España: Una fracción del volumen de ventas (entre 10% y 30%) y luego ajustado por agravantes o atenuantes (como Competencia Desleal).

Empecemos por el beneficio ilícito y claro, calcular el beneficio ilícito no es fácil.

El primer problema que tenemos es el problema de información, información en todo sentido.

Por eso la actuación de la primera instancia es bien importante, para poder multar con criterio, y entonces la desagregación de datos, por lo menos en nuestra Sala, puede convertirse en una complicación si es que no llega la información adecuada.

Pero no solo eso, aunque tenga los datos siempre va a haber discusión sobre cuál es la tasa de descuento que se tiene que aplicar cuando traemos a valor presente flujos futuros; incluso cuando queremos aplicar modelos teóricos tipo modelo de oligopolio de Cournot o de Bertrand, para poder simular que es lo que hubiera pasado en el mercado de suceder una u otra compra, por ejemplo, es complicado, y siempre es rebatible.

La ciencia económica es una ciencia finalmente social, y claro en libre competencia construir escenarios contra factuales es siempre una alternativa que tienen los economistas, pero también hay que hacerlo con mucho cuidado porque eso significa que hay que construir un escenario cuya única variable que se mueve es aquella modificada por la infracción, pero las otras deberían permanecer constantes.

En otras palabras, los movimientos o el escenario contra factual tiene que ser construido *ceteris paribus* las otras variables, y eso es difícil de hacer. Otro problema del beneficio ilícito es que mido como beneficio del infractor: ventas netas, utilidades netas?

Por último en España y tal como lo usa la Comisión de Competencia Desleal, aplicamos un porcentaje del volumen de ventas que es más predecible, menos científico, pero más predecible y luego lo corregimos con atenuantes o agravantes. Estas son alternativas que se tienen para calcular el beneficio ilícito:

Diferencia: Ganancia ilícita y Costo evitado

El costo evitado se refiere al ahorro incurrido por el administrado, el cual se encontraba obligado asumir, según normativa.

¿Ejemplo anterior:Cuál será el costo evitado de un colegio que opera sin autorización para funcionar?


→

Costo de estudios de factibilidad
Trámites y pagos de tasas

→

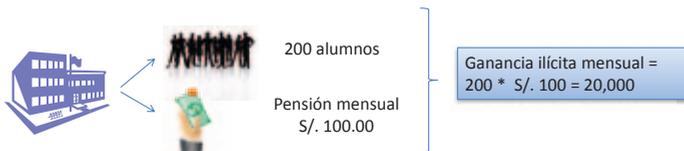
Ejemplo:
S/. 50,000 = 13 UIT

Si la multa es 1 UIT = S/. 3,800 ¿Qué pasará?

Cuál es el costo evitado de que un colegio opere sin autorización para funcionar? Estos son los costos de estudios de factibilidad, trámites, pagos de tasas, en que incurre para poder funcionar con autorización. Cuánto cuesta eso? Alrededor de 50000 soles. Qué pasa si la multa es 1 UIT? Bueno el infractor va a seguir operando sin ningún problema ya que le conviene pagar la multa.

Diferencia: Ganancia ilícita y Costo evitado

¿Cuál será la ganancia ilícita de un colegio que opera sin autorización para funcionar?



Si la multa es 10 UIT = S/. 38,000 ¿Qué pasará?

Qué pasa en el caso contrario?Cuál es la ganancia ilícita de un colegio que opera sin autorización? Supongamos que tiene 200 alumnos que pagan 100 soles mensuales. Entonces la ganancia es de 20000 soles.

Ahora qué pasa si la multa es 38000? Entonces la multa es importante y si la multa es muy alta genera problemas.

Probabilidad de detección

- Está asociada con la percepción del infractor respecto de la posibilidad de ser descubierto.
- A mayor probabilidad percibida de ser detectado menor será el incentivo a delinquir.
- Es imposible determinarla con exactitud y puede «alterar» la multa.
- Las autoridades pueden establecer rangos según el tipo de infracción con el objetivo de predictibilidad.
- INDECOPI: puede mejorar su capacidad de detección?
- Puede guardar relación con los recursos del Estado destinados al “enforcement”: si aumentan los recursos la probabilidad de detección de dichas conductas se incrementará, y viceversa.

Segundo tema: la probabilidad de detección. Aquí siempre en la Sala tenemos discusiones interesantes, porque es imposible determinarla con exactitud, no hay una fórmula adecuada, y además esa probabilidad altera la multa porque va en el denominador de la fórmula.

Así, en la medida que sea alta la multa disminuye el beneficio ilícito o el daño, pero en la medida que esa probabilidad de detección es muy baja la multa puede aumentar grandemente. Yo creo que las autoridades en este caso pueden establecer rangos o tablas según el tipo de infracción y según diversas variables que pueden estar de la mano con el objetivo de predictibilidad que toda autoridad debe tener.

El Indecopi calcula la probabilidad de detección pero no la pública, y creo que sería una buena idea establecer rangos de acuerdo a criterios generales, porque afecta al administrado. Claro que hay que tener en cuenta que a mayor probabilidad percibida de ser detectado, menor será el incentivo a delinquir.

Sin embargo eso lo saben los administrados e invierten recursos importantes para no ser detectados. Puede guardar relación con los recursos del Estado destinados al enforcement, si aumentan los recursos, la probabilidad de detección de dichas conductas se incrementará y viceversa; entonces esta variable es bien importante, no es fácil medirla, el beneficio ilícito es complicado, la probabilidad de detección es complicada también, aquí hay que armar rangos.

Probabilidad de detección: Ejemplo

- ¿Cuál será la probabilidad de detección de la siguiente obligación hipotética?:



OBLIGACIÓN:

El último día hábil de cada mes, las empresas deberán remitir al Indecopi las hojas de los libros de reclamaciones que correspondan.

El Indecopi, podría, con el 100% de certeza detectar la obligación.

Respuesta = 1

Creo que es una tarea que tiene pendiente el Indecopi, claro en algunos casos es más fácil, la probabilidad de detección, el último día hábil de cada mes las empresas deben remitir a Indecopi las hojas del libro de reclamaciones según correspondan, el Indecopi, podría con el 100% de certeza detectar la obligación es una, un caso fácil, pero la mayoría son complicados.

Daño

- El cálculo de la multa óptima debería considerar también la posibilidad de pagos (demanda por daños)?
- Si el objetivo es minimizar la pérdida social entonces las multas solo debieran depender del daño causado.
- Está asociada con las consecuencias, reales o potenciales, derivadas del incumplimiento.
- Las afectaciones pueden ser a personas, bienes, empresas o incluso intangibles.
- Existen metodologías de valoración económica que podemos usar para valorar los daños.
- Problemática asociada: usualmente no se calcula el daño debido a que es “difícil de cuantificar”.

Vayamos al daño, el siguiente concepto. El cálculo de la multa óptima debería considerar también la posibilidad de pagos, una demanda por daños?, ¿La multa debe incluir el daño? O el daño puede ser exigido por el consumidor o por quien se siente dañado a través del Poder Judicial?

Son dos alternativas. Si el objetivo es minimizar la pérdida social entonces las multas solo debieran depender del daño causado; Sin embargo el problema es que el daño es difícil de cuantificar.

Nuevamente, hay metodologías, sin embargo, en muchos casos cuantificar el daño puede ser muy complicado. En particular existen metodologías de valoración económica que se pueden usar y por supuesto el daño está asociado al incumplimiento de las empresas o de los encausados en el Indecopi por las consecuencias reales o potenciales que ellos tienen.

Ejemplo: Daño

- Una persona manda una encomienda con artículos valorizados en S/. 1,000.00.



- La encomienda se pierde y no llega a su destino.
¿A cuánto asciende el daño causado?

S/. 1,000.00

¿Y si fueran objetos de gran valor personal?: Daño autónomo?

Ejemplo de daño: una persona manda una encomienda con artículos valorizados en 1000; el artículo se pierde y no llega a su destino; ¿a cuánto asciende el daño causado? A 1000. Pero qué pasa si fueran objetos de gran valor personal, lo que denominaríamos daño autónomo, y claro, uno diría eso porque va a valer 1000, para mí vale más, mi función de utilidad indicaría que yo tengo una valoración no monetaria intangible sobre las fotos que se perdieron, sobre las medicinas que tenía que tomar, hay un daño importante no medible, hay una insatisfacción generada producto de la mala relación de consumo.

Entonces hay unas molestias intrínsecas a este problema que no solo es el valor monetario que está detrás. El problema es que medir el daño autónomo es demasiado complicado, existen teorías al respecto, pero ponerlas en práctica es muy difícil, este es un campo de investigación que el Indecopi debería de desarrollar para ver un poco o tratar de medir este llamado daño autónomo.

Factores Agravantes/Atenuantes

Se deben considerar circunstancias especiales como:

- Intencionalidad.
- Reincidencia.
- Conducta del administrado a lo largo del procedimiento.

Estos factores normalmente son valorados cualitativamente por los órganos resolutivos y permiten aumentar o disminuir la multa base.

Finalmente, el último punto son los factores agravantes y atenuantes. Estos temas son bastante legales.

La intencionalidad lo que hace es atenuar y/o agravar la multa; la reincidencia es un agravante que puede aumentar la multa, y la conducta del administrado a lo largo del procedimiento se evalúa también como un agravante. Debo aclarar que la obligación del denunciado es portarse bien, si se porta bien no significa que la multa va a ser rebajada, al contrario, si se porta mal, la multa debería ser aumentada.

Estos factores normalmente aumentan o disminuyen la multa base.

III. PROPUESTAS DE VALORACIÓN DEL DAÑO EN LA GRADUACIÓN DE SANCIONES

Una vez revisado esto vamos a valorar el daño en la graduación de sanciones, vamos a plantear algunas alternativas.

Externalidades

- Los agentes económicos realizan actividades de producción y consumo, y algunas veces, estas tienen efectos en las acciones que realizan los demás.
- Estos efectos directos en la utilidad de un consumidor o en la función de producción de una empresa generados por la conducta de otra, se denomina *externalidad*.
- Si las acciones de un agente ocasionan un aumento en la utilidad de un consumidor o un aumento en la producción de una empresa se habla de externalidades positivas.
- El caso contrario son las externalidades negativas, que se presentan cuando las acciones de un agente reducen la utilidad de un consumidor o la producción de una empresa.

El tema aquí son las externalidades.

Producto de la relación entre dos agentes, se puede producir una externalidad negativa de producción o de consumo, ya sea porque la actuación de una empresa afecta la función de producción de otra empresa o ya sea porque la actuación de una empresa altera la función de utilidad de un consumidor, entonces, a eso se le llama externalidad negativa y eso tiene relación con el daño que sufre o este consumidor o esta empresa a través de este mal comportamiento de la empresa causante de los daños.

La literatura económica ha desarrollado esto bastante bien, y en forma extensiva.

El daño y su valoración

- El concepto del daño está directamente relacionado con el externalidad.
- Importancia de valorar el daño: Permite reflejar la gravedad de la conducta y muchas veces, sólo valorando económicamente los daños, tomaremos conciencia de la severidad de los efectos de la infracción.
- La inclusión del valor del daño en la sanción contribuye a internalizar los efectos de la conducta ilícita en el infractor.

Entonces el concepto del daño está directamente relacionado con la externalidad y es muy importante valorar el daño. Lo que pasa es que es difícil hacerlo correctamente.

Es difícil porque he visto muchas resoluciones del Indecopi donde dice que no es posible determinarlo y si no es posible determinarlo entonces la aplicación de la teoría económica de la que habla hace un rato está fallando.

Problemática asociada a la valoración de daños

- Es común determinar las sanciones sobre la base del beneficio ilícito o en base a otros pronunciamientos, sin considerar el daño que podría haberse ocasionado.
- Debido a las limitaciones que existen, en determinadas circunstancias se dificulta determinar el daño y como consecuencia de ello se evita su cuantificación o se presume que “no es posible determinarlo”, por lo que cual se imponen sanciones sin contar con criterios objetivos.
- Al no ser posible determinar los daños las multas a imponer suelen tener un sesgo (multas altas o bajas).
- No están muy difundidas las técnicas de valoración de daños.

Y demás si no es posible determinar los daños, las multas van a ser altas o bajas, y no las que debieran ser, entonces ahí tenemos un sesgo importante.

No están muy difundidas las técnicas de valoración del daño pero estas dos sí: Precio de mercado, si te tienen que reponer un electrodoméstico se tienen que ver el precio del mercado y ese es el daño.

Allí no hay problema. Ahora si te hicieron un cobro indebido en un banco, hay que calcular ese monto del cobro y resarcirlo sería el costo de remediación.

Finalmente se tiene que el daño autónomo podría ser parte de esto pero no es una política todavía aceptada.

Herramientas de valoración económica más usadas

- Precios de mercado



- Costo de remediación



Vamos a ver 3 ejemplos para terminar esta presentación, de cómo se podrían calcular daños con técnicas económicas.

Ejemplo 1: Valor de la Vida

- Cuando existen infracciones en donde existan consecuencias fatales o afectación a la salud, el daño a la vida puede valorarse, por ejemplo, con el valor de la vida estadística.

Valor de la Vida Estadística (VVE)

“Es el valor que un grupo de gente está dispuesta a pagar por reducir un riesgo mortal, con la expectativa de salvar una vida”

MILLER, Ted. (2000). “Variations between Countries in Values of Statistical Life”. *Journal of Transport Economy and policy*. Vol. 34 Part 2, May-2000. pp 169-188.

El primero es el valor de la vida, y claro cuando exista infracciones, donde existan consecuencias fatales o afectaciones a la salud, hay un costo de oportunidad de las personas: dejan de tener ingresos, dejan de tener ocio y por lo tanto y si su vida laboral se ve truncada, su vida se ve truncada, ahí hay un daño que evaluar.

Entonces la técnica del valor de la vida estadística es el valor de que un grupo de gente está dispuesto a pagar por reducir un riesgo mortal con la expectativa de salvar una vida. Existe una vasta literatura al respecto.

Valoración de la Vida (Fatal)

ADMINISTRADO	Clínica XYZ
HECHOS	Mala praxis médica, donde fallece una (1) persona
INCUMPLIMIENTO	No habría brindado un adecuado tratamiento al cuadro presentado por el paciente.

Valor del daño generado:

Valor de la vida estadística promedio, actualizado hasta la fecha de infracción (Abril 2014)	S/. 1.555.130.99
Número de personas fallecidas	1
Total valor del daño	S/. 1.555.130.99
Valor de UIT (2014)	3.800
Total valor del daño UIT	404.91

Fuente: MILLER, Ted. (2000). "Variations between Countries in Values of Statistical Life". *Journal of Transport Economy and Policy*". Vol. 34 Part 2, May-2000. pp 169-188.
 CISS (2009). "Preferencias, gasto en salud y el valor de la vida estadística en América". Octubre 2005. Documento de Trabajo CISS/WP/09/01. Pag 1-42

Sin embargo en el caso peruano hay poca, como se podría evaluar esto, si por ejemplo el valor de la vida estadística promedio fuera un millón y medio de soles, promedio, el valor del daño sería, si la persona fallecida es una, entonces la multa correspondería a 404.91 UIT.

Valoración de la Vida (Lesión Grave)

ADMINISTRADO	Clínica XYZ
HECHOS	Mala praxis médica, donde la persona sufre una lesión considerada grave
INCUMPLIMIENTO	No habría brindado un adecuado tratamiento al cuadro presentado por el paciente.

Valor del daño generado:

Valor de la vida estadística (VEE) promedio , actualizado hasta la fecha de infracción (Abril 2014)	S/. 1.555.130.99
Valor de una lesión grave con respecto al VVE (VLG/VVE)	8%
Número de personas afectadas	1
Total valor del daño	S/. 124.410.47
Valor de UIT (2014)	3.800
Total UIT	32.73

En casos en que la lesión producida al consumidor sea grave, se utilizaría un factor de corrección, el cual refleje el valor económico de una lesión grave.

Este valor puede extraerse de McMahon, K. y Dahdah. S. (2008), en el cual relaciona el valor económico de una lesión mortal, medido por el VVE, y el valor económico de una lesión grave, medido por los costos médicos y la pérdida de productividad del individuo asociado a la lesión.

Si hablamos de una mala *praxis* médica, por ejemplo, una lesión grave que le impide trabajar a la persona, la literatura internacional económica te dice que alrededor del 8% es lo que deja de percibir la persona, en tanto su lesión grave mejora y eso acarrearía una multa de 32.73 UIT.

Cuál es el problema de esta aplicación? Que tendríamos que tener estudios para el Perú, solidos; si ven las citas aquí, son estudios hechos afuera y claro en el Perú existen algunos estudios al respecto pero lo ideal sería que si el Indecopi quiere implementar esta metodología, haga estudios propios con la debida rigurosidad para que puedan ser aplicados en forma general y que los administrados sepan de donde salen los números.

Ejemplo 2: Valor Social del Tiempo

- Cuando existen infracciones (imputables a la empresa) en donde existe pérdida de tiempo, por ejemplo, en demoras y cancelaciones de servicios de transporte, se puede valorar el costo de oportunidad de los afectados.

El daño está configurado por el perjuicio generado a los pasajeros, reflejado en el tiempo de espera que tuvieron que afrontar estos.

Por lo tanto, el tiempo utilizado en esta espera implica un costo de oportunidad para las personas, en la medida que éstas dejan de realizar otras actividades (como trabajo u ocio) por esta pérdida de tiempo.

Fuente: MEF (2012).

EXPEDIENTE	Hipotético
ADMINISTRADO	Empresa de Transporte Aéreo XYZ
HECHOS	Canceló un (1) vuelo internacional y retrasó un (1) vuelo nacional
INCUMPLIMIENTO	<ul style="list-style-type: none"> • Habría cancelado un (1) vuelo con destino a Chile. • Habría retrasado un (1) vuelo con destino a Cuzco

Segundo tema, el valor social del tiempo.

Este es un estudio de la Universidad del Pacífico para el ministerio de Economía y está publicado en el anexo 6 del Sistema Nacional de Inversión Pública, donde se valora el tiempo de las personas cuando viajan y básicamente sirven para evaluar medios de transporte.

Las personas a lo largo del día o trabajan o consumen ocio, sin embargo cuando están en un vehículo haciendo viajes por transporte aéreo nacional o internacional, o cuando están en un bus, no están ni trabajando ni en ocio, están dejando de hacer lo que tienen que hacer.

Entonces detrás de esto hay un costo de oportunidad, que puede ser valorado tomando en cuenta el ingreso de estas personas y su valoración del ocio.

Por supuesto dependiendo de los ingresos de estas personas, las personas de mayores ingresos valoran mucho más el ocio; las personas de menores ingresos valoran mucho menos el ocio, pero con encuestas importantes con un muestreo significativo se pueden obtener valores.

Valor Social del tiempo de viaje

EXPEDIENTE	Hipotético
ADMINISTRADO	Empresa de Transporte Aéreo XYZ
HECHOS	Canceló un (1) vuelo internacional y retrasó un (1) vuelo nacional
INCUMPLIMIENTO	<ul style="list-style-type: none"> Habría cancelado un (1) vuelo con destino a Chile. Habría retrasado un (1) vuelo con destino a Cuzco

Valor del daño generado en el **vuelo internacional** cancelado (Chile):

Tiempo transcurrido (horas y minutos)		12:33
Tiempo transcurrido (en horas)	(a)	12.55
Valor social del tiempo – Usuarios de vuelos internacionales	(b)	S/. 10.17
Valor del daño unitario	(c)	S/. 127.63
Número de pasajeros	(d)	191
Valor Total del Daño	(e)	S/. 24,377.33
Valor UIT (2014)		3.800
Total UIT		6.4

(c) Resultado de (a)*(b)

(e) Resultado de (c)*(d)

Imagine que una empresa de transporte aéreo canceló un vuelo internacional y retraso un vuelo nacional, ¿Cuál sería la metodología para calcular esta multa?

Entonces, a ver los números son hipotéticos, tanto los anteriores como este, pero supongamos un atraso de 12 horas y 33 minutos, entonces el valor social del tiempo para usuarios de vuelos internacionales medidos en el aeropuerto de Lima, que es el único aeropuerto internacional que tenemos, es 10 soles por hora, entonces esto es un valor oficial, y por lo tanto se puede usar siempre y cuando este actualizado, esto sale una multa, hipotética, de 6.4 UIT, para un número de pasajeros de 191.

Valor Social del tiempo de viaje

Valor del daño generado en el **vuelo nacional** retrasado (Cusco):

Tiempo transcurrido (horas y minutos)		4:33
Tiempo transcurrido (en horas)	(a)	4.55
Valor social del tiempo – Usuarios de vuelos nacionales	(b)	S/. 13.22
Valor del daño unitario	(c)	S/. 60.15
Número de pasajeros	(d)	191
Valor Total del Daño	(e)	S/. 11,488.65
Valor UIT (2014)		3,800
Total UIT		3.0

(c) Resultado de (a)*(b)
(e) Resultado de (c)*(d)

Sumatoria de ambos vuelos:

$$6.4 + 3.0 = 9.4 \text{ UIT}$$

Fuente: MEF (2012). "Elaboración del estudio de valor social del tiempo para el sistema nacional de inversión pública del Perú". Informe final para el Ministerio de Economía y Finanzas. Noviembre.

Supongamos que el vuelo al Cusco se retrasó en 4 horas 33 minutos. En este caso el valor social del tiempo para el usuario de vuelos nacionales es 13.22 soles por hora y por lo tanto la multa sería de 3 UIT.

Al final esta empresa de transporte aéreo se haría acreedora a 9.4 UITs de multa.

Esta es una metodología bastante clara ya que estos son valores del Sistema Nacional de Inversión Pública y ustedes se la pueden bajar de la página web del Ministerio de Economía y ha sido calculada por la Universidad del Pacifico.

Ejemplo 3: Retornos a la Educación

- El daño está configurado por la pérdida de rentabilidad de las inversiones (o pensiones de enseñanza) realizadas por los alumnos en el periodo de infracción.
- Según Yamada (2007), la rentabilidad o tasa interna de retorno (TIR), para un profesional que culminó sus estudios en una universidad privada asciende a 12.2% por cada año de inversión.

*“La TIR es, por definición, aquella tasa que iguala los flujos descontados de todos los ingresos futuros reales con los flujos descontados de costos reales (directos y de oportunidad) asumidos en los años de inversión (Beltrán, 2000), en este caso, en educación superior”***

** Fuente: Yamada (2007), pag. 49.

Por último, el tema de los retornos a la educación superior. Gustavo Yamada, que es el decano de la Facultad de Economía de la Universidad del Pacífico, ha hecho un estudio al respecto y dice que el retorno por estudiar educación superior en el Perú, en una universidad privada es de 12.2% anual, es decir si tu inviertes 1000 soles cada año, en los siguientes años vas a tener un retorno de 12.2% de esos 1000 soles.

Este estudio es del año 2007, sobre la base de la Encuesta Nacional de Hogares, esto también podría hacerlo el Indecopi, una actualización de esos estudios que no son complicados, que se pueden hacer en cualquier centro de estudios.

Valoración del engaño en educación superior

ADMINISTRADO	Universidad privada
HECHOS	Publicidad de carreras profesionales, sin contar con la autorización para su dictado
INCUMPLIMIENTO	Difundir a través de folletos publicitarios de sus carreras profesionales, sin contar con la autorización de la autoridad del sector educativo para su dictado

Pensión mensual (Inversión del alumno)		S/. 400.00
Pensión al año (10 pagos)	(a)	S/. 4,000.00
Periodo de infracción (en años)	(b)	2
Inversión realizada por el alumno, en el periodo de infracción	(c)	S/. 8,000.00
TIR anual para un profesional que culminó sus estudios en una universidad privada.	(d)	12.2%
Cantidad de alumnos afectados	(e)	100
Daño	(f)	S/. 152,354.00
Valor UIT (2014)		3,800
Total UIT		40

(c) Resultado de (a)*(b)

(f) Resultado de (c)*(d)*(e)

Fuente: Yamada, Gustavo, (2007) "Retornos a la educación superior en el mercado laboral: ¿vale la pena el esfuerzo?".

Documento de Trabajo N° 78. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico y CIES, 2007.

Entonces, si yo pague dos años de pensiones y en esos dos años, al final resulta que me engañaron, que esa universidad no tenía, caso hipotético, no podía darme títulos, que hay varias que están funcionando, entonces lo que estoy haciendo es retrasar mis ingresos por ser titulado universitario dos años y por lo tanto cabe traer a valor presente ese dinero invertido a una tasa de retorno de 12.2% y por lo tanto, el daño no son los 16000 o los 8000 soles sino es muchísimo mayor, porque hay un costo de oportunidad detrás, es decir serían 152000 son 40 UITs, ese es el daño.

IV. Conclusiones

- Resulta conveniente hacer uso de criterios económicos claros y transparentes para graduar las sanciones, ellos nos permitirá disuadir conductas no deseadas y mejorar la predictibilidad.
- Existen metodologías de valoración del daño con criterios económicos lo cual nos ayuda a cuantificar el daño como consecuencia del acto ilícito.
- El uso de los criterios objetivos para la cuantificación de los factores antes mencionados, nos ayudará a imponer castigos más justos y proporcionales.

Entonces hemos presentado 3 ejemplos, 3 cuestiones que podría plantear el Indecopi, que tendría que realizar estudios. No estoy seguro si estos serán eventos recurrentes del Indecopi, habría que hacer una priorización de que es lo que más se presenta en el consumidor, en competencia desleal, en algunas otras comisiones.

El Indecopi debe enfocar sus fuerzas para valorar los daños de manera científica y antes de implantar la metodología, debería ser pre publicada para que todos los agentes pueda aportar a la metodología que Indecopi proponga.

Entonces, resulta conveniente hacer uso de criterios económicos claros y transparentes para graduar sanciones, eso es clave, y en la Sala, yo insisto en eso, hay que ser bien predecible, ese es el tema, y existen metodologías para valorar el daño, con criterios económicos, hay que buscarlas y hay que aplicarlas, hay que invertir dinero en eso, creo yo, y eso nos ayudara a imponer castigos más justos y proporcionales.

MUCHAS GRACIAS!!
JBONIFAZ@UP.EDU.PE

Perú



KARINA MONTES TAPIA

Ejecutiva de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Indecopi.

Economista de la Universidad Nacional Agraria La Molina con Maestría en Gestión Pública por la Universidad Esan. Más de 10 años de experiencia en el sector público específicamente en aspectos de supervisión, fiscalización y sanción. Ha sido consultora en programas financiados por el BID, Banco Mundial y la CAF. Docente en programas de capacitación en el Instituto de Gobierno de la Universidad de San Martín de Porres, y la Universidad Nacional Agraria La Molina, entre otras instituciones públicas y privadas.

Aplicación de metodologías para graduación de sanciones en el Indecopi



Buenas tardes

Comparto plenamente lo indicado por los ponentes anteriores, y a modo de presentación comento que soy Economista y hace muchos años presto servicios en organismos públicos con competencias de supervisión, fiscalización y sanción, en donde la metodología de los “dedos oscilantes”¹ es comúnmente utilizada cuando un organismo no cuenta con un régimen sancionador que permita imponer multas fijas o programadas de manera directa, o que no existan criterios para cuantificar beneficios y daños obtenidos producto de la comisión de infracciones.

En dicho contexto y en base a la experiencia, el uso de instrumentos económicos en la imposición de sanciones agrega valor y de algún modo facilita el proceso de graduación y calificación de infracciones. Sin embargo, es posible también

1 La cual hace referencia a imponer multas sin criterios económicos

que estas herramientas puedan complicar el proceso, sobre todo cuando no se cuenta con información.

En esta presentación se expondrá lo que se ha desarrollado al respecto, tanto para facilitar el proceso de imposición de castigos, incorporando instrumentos de valoración económica para calificar la gravedad de las infracciones, buscando disuadir comportamientos, eliminando el beneficio ilícito obtenido y fortaleciendo la predictibilidad de la administración en sus pronunciamientos a través de la valoración de criterios utilizados para graduar sanciones.

Es por ello que el uso de instrumentos económicos en la imposición de castigos nos invita a pensar distinto, en que es posible valorar ciertas conductas infractoras, no sólo para imponer multas, sino para conocer la gravedad de las conductas infractoras, sus consecuencias, los daños que están siendo producidos, los beneficios que pueden obtenerse y buscar disuadirlos a través de mejores esquemas sancionadores.

Finalmente, considero que es importante porque el uso de criterios económicos y su estandarización mejorará la predictibilidad, y el sólo hecho de conocer el castigo, que por ejemplo puedo tener si me paso la luz roja, me invitará a cumplir y a fomentar el cumplimiento de las normas y regulación en general.

Índice

1. Situación inicial

- 1.1. Competencias del Indecopi
- 1.2. Rangos de sanción
- 1.3. Cobertura a nivel nacional

2. Aplicaciones realizadas

- 2.1. Escalas de multas y sanciones
- 2.2. Aplicación de metodología con valoraciones de daño y beneficio
- 2.3. Aplicativos automatizados

Esta ponencia se divide en dos partes: la primera presenta las competencias sancionadoras y criterios utilizados por el Indecopi para graduar sanciones; y la segunda presenta algunas aplicaciones realizadas en la Gerencia de Supervisión y Fiscalización al respecto en los últimos dos años.

1. Situación inicial

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, es un organismo con funciones de protección de los derechos de los consumidores, de promover en el mercado una cultura de libre y leal competencia, fomentando también el respeto por la propiedad intelectual en todas sus formas. Adicionalmente, en caso de encontrar incumplimientos por estos temas, el Indecopi tiene también facultades sancionadoras, las cuales se pueden apreciar en el cuadro siguiente.

.

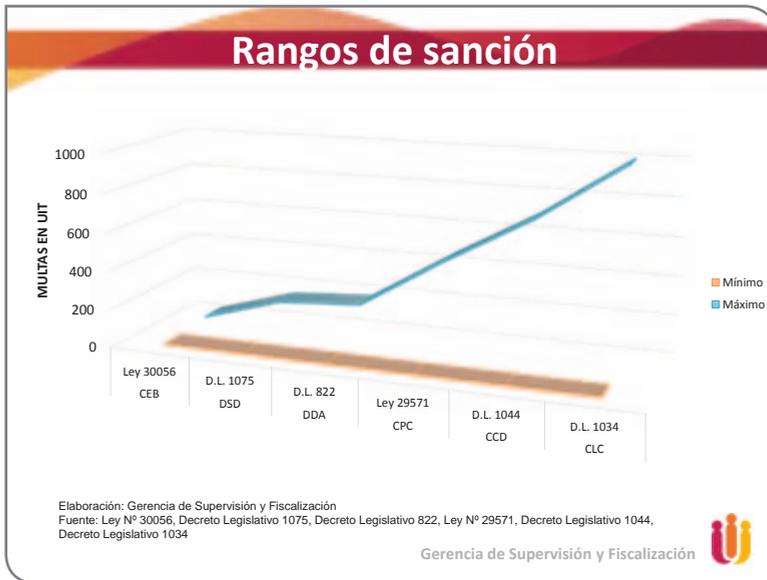


Dentro de cada ámbito de acción el Indecopi puede tanto promover el cumplimiento de las obligaciones, como también imponer sanciones cuando existen incumplimientos, por ejemplo en materia de dumping y subsidios, imposición de barreras burocráticas ilegales o irracionales, infracciones en protección al consumidor y competencia desleal.

Del mismo modo, en materia de propiedad intelectual, el Indecopi también es competente para imponer sanciones por infracciones en temas de derechos de autor, signos distintivos, e invenciones y nuevas tecnologías.

En esta diversidad de temas el Indecopi ejerce su potestad sancionadora de manera complementaria de su rol promotor. Cabe destacar que el instituto enfoca sus esfuerzos en promover el cumplimiento voluntario de las normas; sin embargo, en caso de comprobarse conductas ilícitas, el Indecopi impondrá castigos por dichas infracciones. En tal sentido, precisamos que nos encontramos en el último escalón de la pirámide²; es decir, el uso de sanciones de modo complementario a los demás mecanismos que buscan impulsar en los agentes el cumplimiento de las normas.

² Se hace referencia a la pirámide de estrategias de regulación, Ayres I, Braithwaite, J (1992)



Adicionalmente a las diversas competencias del Indecopi, en cada cuerpo normativo podemos encontrar que las multas no se encuentran fijas, sino en rangos amplios de sanción, los cuales varían según el bien jurídico que se busca proteger en cada norma.

Comento que no conozco la razón de los topes y rangos de sanciones aprobados en cada materia, pero es posible que obedezca a normativa comparada con otros países, por ejemplo. Lo importante a resaltar es que el órgano resolutorio enfrenta, ante la comisión de una infracción, la tarea que graduar las multas entre estos rangos amplios de sanción.

Como se aprecia no hay multas que se encuentren tasadas o fijas en estas escalas, como ocurre, por ejemplo, cuando uno se pasa la luz roja. En estos casos la multa se encuentra fija, lo cual facilita la tarea de la imposición del castigo. Existen críticas a las multas fijas, o a los intentos de los economistas de fijar “precios” a los incumplimientos, “mecanizando” la labor de un órgano resolutorio, pero la verdad es que las multas fijas existen en diversos regímenes sancionadores, por ejemplo en la SUNAT, en el Reglamento de Tránsito, entre otros ejemplos.



Adicionalmente a los rangos amplios de sanción es necesario también calificar las infracciones, dado que en las normas se establece que las obligaciones contempladas pueden ser de carácter leve, grave o muy grave. Ello también puede complejizar la labor de poder graduar, si no se encuentra expresamente indicada en cada conducta su calificación, o los criterios específicos y objetivos que establecen la gravedad de una conducta.

Cabe destacar que actualmente, las normas materia de competencia del Indecopi, establecen de manera expresa, los criterios que deben ser utilizados para graduar las sanciones, los cuales incorporan variables económicas, como: beneficio ilícito, daño y probabilidad de detección.



De manera complementaria a los amplios rangos de sanción que hemos mencionado, a la calificación de infracciones entre leves, graves o muy graves, el Indecopi cuenta además con múltiples órganos resolutivos a nivel nacional.

Por ejemplo, sólo en materia de defensa de la competencia, en protección al consumidor existen catorce órganos resolutivos que pueden resolver, doce en competencia desleal y once en barreras burocráticas.

En este contexto, es necesario contar con criterios objetivos para poder graduar sanciones que faciliten la labor de los órganos resolutivos y brinden predictibilidad a los administrados, sobre todo considerando que los agentes sujetos de sanciones por parte del Indecopi pueden ser los mismos en Tumbes, Ucayali o Lima, y es necesario brindar transparencia y objetividad en la manera de resolver.

Metodología de Cálculo de Multas

Criterios para la determinación de sanciones en el Indecopi, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos y aprobado por el Consejo Directivo.



**Multa =
(B/p) * F**

- B: Beneficio ilícito
- P: Probabilidad de detección de la infracción
- F: Factor que recoge los agravantes y atenuantes



**Multa =
(D/p) * F**

- D: Daño
- P: Probabilidad de detección de la infracción
- F: Factor que recoge los agravantes y atenuantes

“En caso que el beneficio ilícito no sea posible de estimar o éste sea inferior al daño ocasionado por la infracción, dicho valor será reemplazado por el valor del daño.”

Gerencia de Supervisión y Fiscalización 

Ante ello Indecopi desarrolló criterios para poder calcular las sanciones. La Gerencia de Estudios Económicos desarrolló las dos fórmulas que se aprecian en la presente diapositiva en el año 2012, y fueron aprobados por el Consejo Directivo del Indecopi en el año 2013.

Las fórmulas que estamos apreciando, como mencionaba Javier Tapia, se fundamentan en los mismos criterios que las de otros organismos con competencias sancionadoras. Estas fórmulas cuentan con factores que deben ser estimados en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, para poder dar valor económico a las multas que corresponda imponer. Cabe destacar que estos factores se encuentran en concordancia con los criterios de graduación de multas aprobados en cada norma al respecto.

Estas fórmulas permiten, a través de la estimación de sus factores, contar con criterios objetivos para poder graduar sanciones, así como facilitar el proceso de calcular una multa que se encuentra en rangos; sin embargo, de acuerdo a lo conversado esta tarde, detrás de calcular el beneficio ilícito o el daño real o potencial producto de una infracción, está la problemática de contar con información, o las dificultades presentadas en el uso de técnicas de valoración o herramientas financieras.

Cabe destacar que en las dos fórmulas presentadas por el Indecopi es necesario estimar el beneficio ilícito, y cuando este no pueda ser calculado o su resultado sea inferior al daño generado, el valor a utilizar como variable principal será el daño.

En suma, el objetivo general de la metodología aprobada, que cuenta con dos fórmulas generales, es buscar mejorar la predictibilidad de cara a los administrados tratando de disuadir comportamientos infractores, facilitar y hacer transparente el proceso de graduación de sanciones, de cara a los órganos resolutores.

Resumen de Situación Inicial



Temas diversos

- Competencia: CEB, CLC, CPC, CCD
- Propiedad Intelectual: DSD, DDA, DIN



Rangos amplios de sanción

- Se requiere graduación
- Distintos niveles: leve, grave, muy grave



Órganos resolutores a nivel nacional

- En protección al consumidor: 14
- En barreras burocráticas: 11
- En competencia desleal: 12

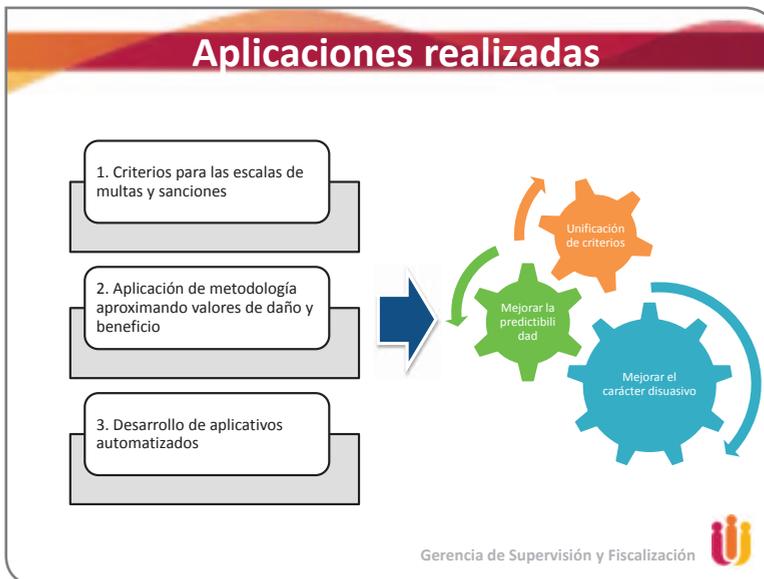
Gerencia de Supervisión y Fiscalización 

Entonces en la presente diapositiva presentamos el resumen de la situación inicial; en donde podemos apreciar que el Indecopi es competente para sancionar temas diversos y especializados como: libre competencia, propiedad intelectual, protección al consumidor, entre otros; asimismo, cada cuerpo normativo cuenta con rangos amplios de sanción entre los que es necesario graduar, y finalmente, existen varios órganos resolutores a nivel nacional que resuelven sobre las mismas materias, por lo que se necesitan criterios objetivos para poder graduar sanciones.

Ante esta situación, como hemos mencionado se aprobó la metodología para la determinación de sanciones en el Indecopi, la cual cuenta con dos fórmulas que incorporan la cuantificación de variables económicas las cuales están contempladas en la normatividad.

2. Aplicaciones realizadas

En esta segunda parte, vamos a presentar las aplicaciones que hemos realizado en la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, tanto en el uso de la metodología de determinación de sanciones, como brindando herramientas complementarias que faciliten el proceso de cuantificación y graduación de multas.



En esta segunda parte presentaremos tres aplicaciones: primero respecto de la importancia de construir escalas y regímenes sancionadores con un análisis previo respecto de los bienes jurídicos que buscamos proteger. Asimismo, presentaremos algunas aplicaciones a la metodología de determinación de multas, y finalmente, los aplicativos automatizados para facilitar el proceso de graduación de sanciones en determinados casos.

1. Escala de multas y sanciones (1/3)

Es importante definir en los regímenes sancionadores, si las conductas sancionables son leves, graves o muy graves.

Por ejemplo, en protección al consumidor tenemos las obligaciones respecto del Libro de Reclamaciones.

Muy grave:
Hasta 450
UIT

Grave:
Hasta 150
UIT

Leve: Hasta
50 UIT

➔

¿Leve?

¿Grave?

¿Muy Grave?

Cuando nos encontramos frente a un caso probado de infracción y tenemos que calcular la multa que corresponde esta ya se encuentra dentro de un rango que hay que respetar, el cual está aprobado en alguna norma con rango de Ley. Sin embargo, hay casos en que este rango nos queda muy pequeño y que los resultados de las valoraciones pueden superar los topes establecidos; o caso contrario, construimos un tope muy alto en donde no se conocen castigos impuestos con los máximos valores.

Entonces, la sugerencia de esta primera parte es sustentar los verdaderos topes detrás de cada bien jurídico que buscamos proteger, así los rangos aprobados en las normas están más acotados.

Por ello hemos desarrollado algunos criterios para construir escalas, debido a que consideramos que la oportunidad de reducir la discrecionalidad, no “mecanizarnos”, o mejorar la predictibilidad en la imposición de castigos inicia cuando se aprueba la escala o régimen sancionador.

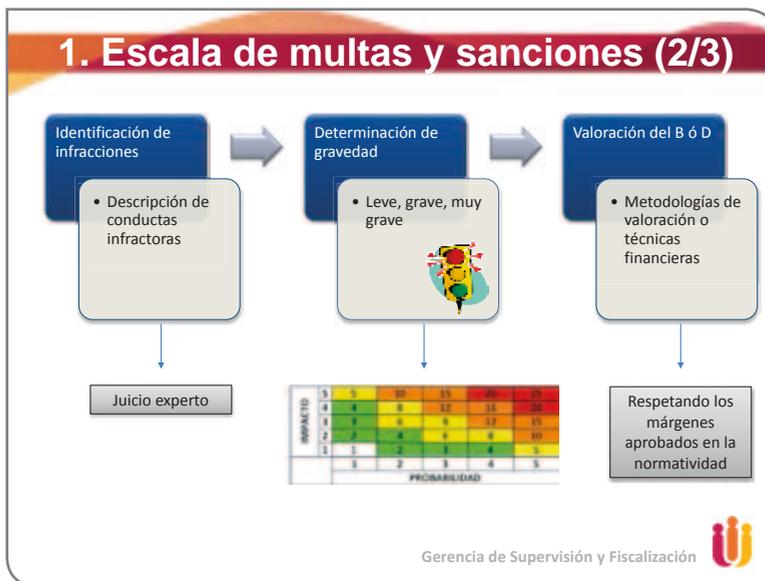
El objetivo de construir escalas de multas y sanciones fortalecidas desde un inicio, con criterios objetivos y orientados a disuadir, es generar incentivos en los agentes para cumplir sus obligaciones desde su sola publicación y difusión.

Sin embargo, las escalas aprobadas son difíciles de cambiar cuando ya se encuentran en leyes; por lo que en la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, hemos promovido en la vía reglamentaria complementar los rangos de sanción con metodologías específicas, aproximando valores de beneficio ilícito y daño de manera general, y complementándolos con aplicativos automatizados que faciliten la tarea a los órganos resolutivos.

Con ello se pretende unificar criterios a nivel nacional, mejorar la predictibilidad de cara a los administrados y mejorar el carácter disuasivo de las multas.

Esta tarde hemos utilizado mucho la palabra “disuasión”, pero definitivamente, lo que se busca es evitar que un agente infractor vuelva a cometer una conducta ilícita.

Entonces, a continuación presentaré un pequeño resumen de los elementos que hemos considerado para construir las escalas de multas y sanciones.



Inicialmente, es importante listar las conductas infractoras, identificando claramente los tipos y tratando de evitar, en la medida de lo posible, los “cajones de sastre”; en donde pueden convivir una gran cantidad de conductas

sancionables pero que no están expresamente identificadas. Seguidamente, a través de un análisis de riesgo, calificamos las conductas como leve, grave, muy grave. Finalmente a través de metodologías de valoración económica y utilizando técnicas financieras realizamos la estimación del daño o beneficio ilícito del bien jurídico protegido que la norma busca proteger.

1. Escala de multas y sanciones (3/3)

Ejemplo:

Régimen sancionador del Libro de Reclamaciones:

- Descripción de conductas infractoras
- Distintos niveles de gravedad
- Valoración del derecho a reclamar y multas proporcionales según afectación y tamaño del infractor

The image shows a document titled 'LIBRO DE RECLAMACIONES' with a table of contents and several sections of text. Red circles highlight specific parts: one circle is around a table with columns for 'DESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN', 'NIVEL DE GRAVEDAD', and 'SANCIONES'; another circle is around a section of text; and a third circle is around a small table at the bottom right.

Por ejemplo, presento un ejemplo muy sencillo: En protección al consumidor teníamos 22 obligaciones respecto al libro de reclamaciones, y teníamos este el rango de sanciones desde amonestación hasta 450 Unidades Impositivas Tributarias; donde cada infracción podía ser leve, grave o muy grave, dependiendo de las circunstancias en las que se presentaba la infracción.

Entonces en el momento de construir la escala de sanciones por infracciones al libro de reclamaciones, la primera pregunta fue hacernos si todo este cuerpo normativo contemplaba infracciones leves, graves o muy graves. Para ello realizamos un análisis cualitativo a través de encuestas con los encargados de realizar las supervisiones, funcionarios de los órganos resolutorios y con expertos a nivel nacional; así como un análisis de cómo se venían sancionando estas obligaciones. Los resultados nos indicaron que se consideraba que todas las infracciones contempladas en el reglamento eran leves; es decir, las multas debían ir desde una amonestación hasta cincuenta (50) UIT.

Seguidamente, identificamos todas las conductas infractoras que merecen un castigo de parte de la administración y las valoramos cualitativamente también a través de una encuesta a expertos. En este caso particular los resultados nos indicaron que no es lo mismo que un establecimiento abierto al público no cumpla con su obligación de contar con libro de reclamaciones; que un establecimiento cuente con el libro pero que este no tenga el formato que establece la norma. Para la determinación de la gravedad utilizamos el análisis de riesgo con criterios cualitativos, los cuales provienen de los resultados de las encuestas realizadas, y nos permiten ordenar las conductas según su grado de lesividad.

Finalmente, se realizó una valoración económica general del bien jurídico a proteger; cuyo resultado, ponderado por los factores de gravedad resultantes de la encuesta nos da rangos y valores de sanción referenciales según cada caso.

La escala de infracciones y sanciones fue aprobada y publicada en El Peruano mediante Decreto Supremo y cuenta con todas las consideraciones que he expresado, como se aprecia en la diapositiva.

Por ejemplo tenemos las infracciones de "Tipo A" que son las más gravosas, las "Tipo B" no tan graves y las "Tipo C" aún menos graves, todo dentro de la calificación "leves", es decir, las conductas no pueden ser castigadas con más de cincuenta UIT. También incorporamos el tamaño del infractor, debido a que al momento de realizar la valoración económica, resultó que existía una relación directa entre el tamaño del infractor y el número de reclamos que recibía evidentemente porque tenía más consumidores, lo cual generaba que en aquellas empresas que recibían más consumidores el daño generado sea mayor.

Esta metodología se encuentra aprobada desde el mes de enero de este año; con lo cual los órganos resolutivos cuentan con una herramienta donde la multa sale prácticamente de manera automática, facilitando la tarea de imponer sanciones y habiendo incorporando ya en la herramienta criterios de proporcionalidad y razonabilidad de manera objetiva.

2. Aplicación de metodología de multas (1/5)

Teniendo en cuenta la metodología de cálculo de multas en el Indecopi, se realiza una valoración de beneficios y/o daños en cada caso.

Beneficio
Ilícito

Ganancia
ilícita

Costos
evitados

Ejemplo:

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

- Cobro de intereses mayores a los permitidos
 - Tasa cobrada
 - Tasa debió cobrar
 - Principal
 - Días de cobro
 - Nº consumidores
 - TOTAL = Beneficio ilícito

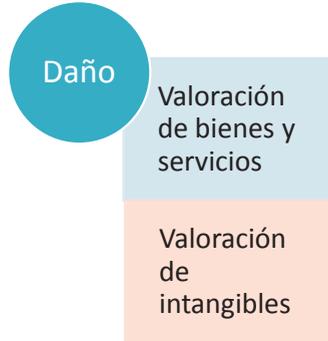
Gerencia de Supervisión y Fiscalización



Seguidamente, presentaremos la aplicación de la metodología de determinación de multas en el Indecopi, en donde es necesario estimar en algunos casos el beneficio ilícito; el cual puede provenir de una ganancia ilícita o de costos evitados. Consideramos importante realizar esa diferencia cuando hacemos cálculos, y por ejemplo, en materia de protección del consumidor es necesario recoger dicha información en la etapa de supervisión o investigación, en donde es necesario contar con todas las pruebas necesarias y conocer la magnitud de la infracción, para que posteriormente, de encontrar ilícitos, el castigo sea proporcional a la falta.

2. Aplicación de metodología de multas (2/5)

Teniendo en cuenta la metodología de cálculo de multas en el Indecopi, se realiza una valoración de beneficios y/o daños en cada caso.



Gerencia de Supervisión y Fiscalización



2. Aplicación de metodología de multas (3/5)

Protección al consumidor



Valoraciones de daño:

- Valores de mercado
- Costo de restauración
- Costo de oportunidad
- Valor social del tiempo
- Valor de la vida estadística

Información sistematizada según caso. Para la adecuada valoración se requiere conocer:

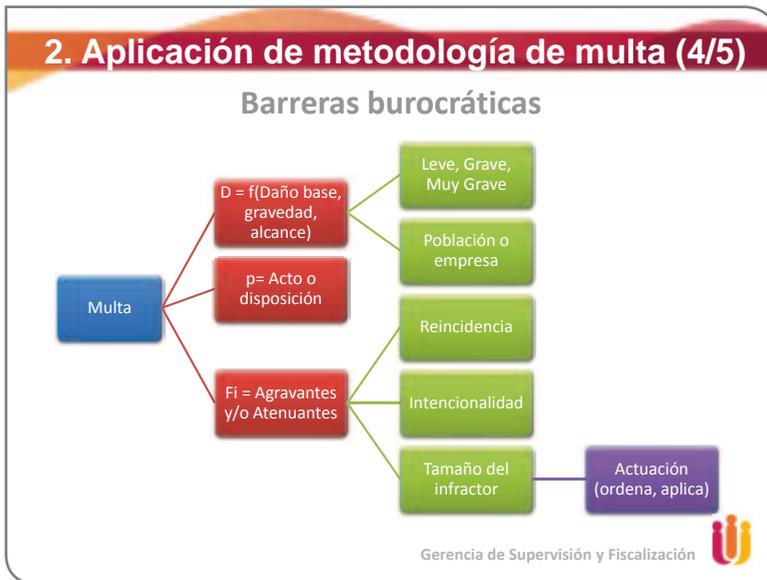
- Número de afectados
- Período de la infracción
- Grado de afectación
- Otros

Gerencia de Supervisión y Fiscalización



Del mismo modo, es necesario al momento de valorar el daño utilizar metodologías de valoración económica, que pueden ser de bienes y servicios que tienen precio en el mercado y otras veces de valoración de intangibles, por ejemplo: costos de restauración, costos de oportunidad, para el caso de demoras en servicios de

transporte hemos utilizado el valor social del tiempo que nos explicaba el doctor Bonifaz anteriormente, y ante ello, es necesario enfatizar que para poder realizar una valoración sólida necesitamos información sistematizada y conocer de manera concreta, por ejemplo: el número de afectados, el grado de afectación, el periodo, y casi todo ello se puede recoger en la etapa de investigación.

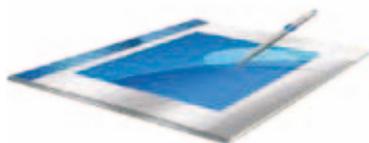


Hemos hecho también aplicaciones de valoración de conductas en barreras burocráticas. En dicho contexto hemos valorado por ejemplo si el castigo por la imposición de la barrera es quien la ordena o quién la aplica, si la afectación es una población o a empresas, y siempre acompañado de los factores de agravantes y atenuantes como: reincidencia, intencionalidad, tamaño del infractor. Asimismo, estamos trabajando con la Dirección de Signos Distintivos, haciendo valoración de intangibles, utilizando también ganancia ilícita por el uso inapropiado de la marca, y también utilizando probabilidad de detección y factores de agravantes y atenuantes.

3. Aplicativos automatizados (1/2)

A partir de conductas infractoras definidas, se han construido aplicativos automatizados, a fin de introducir variables objetivas en los cálculos de multa que permita facilitar la labor de los órganos resolutivos del Indecopi.

Los aplicativos contienen no sólo el cálculo de la multa base, también permiten la agravación de factores agravantes y/o atenuantes.



Gerencia de Supervisión y Fiscalización



Finalmente, hemos desarrollado aplicativos automatizados para algunos casos, estos se encuentran en la página web institucional de Indecopi, y contienen no solo el cálculo de las multa base, sino permiten también la graduación en cada caso particular.

3. Aplicativos automatizados (2/2)



http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/jer_interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=1580



http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/jer_interna.aspx?ARE=0&PFL=3&JER=1560

Gerencia de Supervisión y Fiscalización 

Los aplicativos nos permiten hacer una simulación, para que el administrado tenga conocimiento que en caso de cometer un ilícito será sancionado, y que mientras más grande sea su afectación, mayor será el castigo que le corresponderá. Es posible, que como dijo Javier Tapia, el administrado realice una previsión contable en caso le corresponda infringir, pero si nos damos cuenta que eso le es conveniente pues podemos modificar los montos de castigos para no generar esos incentivos en los agentes.

Finalmente, quisiera terminar mi presentación con una reflexión interna respecto a la predictibilidad: ¿hay que ser predecibles o no hay que ser predecibles?, como Economista asumo que sí porque es un principio señalado en la Ley; pero ¿y si ello no es tan favorable? ¿Será que debemos cambiar la ley? Personalmente considero que estas herramientas nos dan predictibilidad, y eso no debe ayudarnos solo en el momento de resolver sino desde el momento que se publica la escala y si desde ahí damos el mensaje correcto a los administrados de repente fomentaremos mejor el cumplimiento de la ley y evitaremos calcular más multas.

Muchas gracias.

Pregunta de Javier Tapia

¿Tienen alguna idea respecto de cómo van a resolver las cortes en relación a estas metodologías? Porque supongo que las multas van después a una revisión judicial entonces es necesario conocer cómo reaccionarán las cortes ante esto. Considero que es una pregunta importante que realizar cuando se crea este tipo de sistema.

Respuesta de Karina Montes

Al respecto puedo comentarles que en mi anterior trabajo, era parte de mi labor, sustentar las multas impuestas en primera instancia, ante los tribunales de la segunda instancia. Lo que solía ocurrir era que una empresa podía probar mediante facturas, por ejemplo que el beneficio ilícito real, no era igual al calculado para sancionar, sino bastante menor; entonces una opción, dependiendo del tribunal era bajar la multa hasta el verdadero valor del beneficio ilícito; por lo que podía ocurrir que el valor de la multa se disminuía ante nuevas pruebas. Sin embargo, existían también casos en donde, considerando que las fuentes utilizadas eran de alta confiabilidad la multa quedaba tal cual inicialmente se calculó, considerando que el castigo se calcula con una aproximación al beneficio ilícito esperado o al daño que causó, lo cual estuvo previamente en los criterios establecidos en las normas y era de conocimiento de los administrados.

Comentario de Tessy Torres

Solamente para terminar con la inquietud válida que tiene Javier Tapia, en efecto en el Perú, las entidades pioneras en el tema de valoración económica asociada al cálculo de la multa son Osinerming que tiene muchos años trabajando en este tema y de donde hemos tomado las bases para trabajar tanto en el OEFA que es de donde continuamos con esta labor y ahora en el Indecopi, y de hecho muchas de las sanciones impuestas con estas metodologías con montos altos especialmente por afectaciones al medio ambiente, es muy posible que se impugnen ante el Poder Judicial, sin embargo, a la fecha dichos tribunales no han cuestionado el tema del cálculo de la multa, salvo que haya evidencia empírica de que el cálculo se basó en un supuesto que en la realidad no obedece a lo que corresponde, lo que puede ocurrir es que se emita alguna resolución en contra de lo que ha resuelto en sede administrativa por el hecho infractor en sí mismo, es decir si se considera que no hubo responsabilidad, o si no se encuentra debidamente acreditada la infracción, pero no por una razón asociada a la metodología de cálculo de la metodología.

Palabras de cierre del Foro Internacional

Buenas tardes, muchas gracias por habernos acompañado en esta jornada. Algunos de ustedes no han podido estar el día completo, también observo ausencias de los que estuvieron en la mañana; sin embargo, debo destacar que la sala ha estado llena, lo que evidencia la importancia de que participemos de estos espacios donde podamos conversar de estos temas que usualmente no se tocan.

Rescato la participación de los panelistas, porque detrás de ello está aquello que es la razón de ser de este evento: que es la construcción de ese puente entre la economía y el derecho para hacer que realmente la labor de fiscalización y sanción logre el objetivo de la disuasión.

Sin embargo, si bien no se ha tratado a profundidad destaco la importancia de la necesidad de reflexión sobre la tarea de enforcement desde el diseño de la política. En efecto, creo que todos hemos coincidido en aquello que mencionó Javier Tapia en la presentación inaugural, es decir, que no siempre la mejor manera de lograr el comportamiento adecuado de los agentes del mercado es a través de la sanción y si esto fuera lo que corresponde, debe hacerse un análisis muy responsable sobre qué tipo de sanción es la que corresponde y no solo utilizar la pecuniaria.

Refiriéndome de manera muy resumida a la jornada del día de hoy, debo decir que ésta nos ha permitido por un lado reflexionar que la supervisión es una herramienta que no solo impulsa el cumplimiento de la norma, sino que se vincula incluso con el logro de la eficacia que sustenta el marco legal; y por otro, que cuando se deba imponer una sanción ésta sea la que realmente corresponde para que se logre el objetivo de la corrección de la conducta, y para ello podemos utilizar las herramientas que nos brinda la economía.

Las lecciones aprendidas y compartidas, que han sido enriquecidas con la participación de todos los funcionarios visitantes de entidades similares en el extranjero, nos abren la puerta de una agenda pendiente a construir, temas sobre la predictibilidad, aplicación del principio de razonabilidad, imposición de medidas correctivas y el uso de instrumentos económicos para la determinación de las sanciones, lo cual amerita que estos temas sigan siendo profundizados para alcanzar de mejor manera el objetivo que, como resalto, nos une, esto es lograr en los agentes del mercado un cumplimiento voluntario de las normas y que efectivamente las políticas públicas alcancen su cometido a través del medio que resulte más eficiente y aplicando un enfoque multidisciplinario.

Con ello quiero dar por concluida esta primera jornada de “Mejores prácticas y lecciones en el ejercicio de la supervisión, fiscalización y sanción” y agradecerles nuevamente su participación.

Tessy Torres Sánchez

Gerenta de Supervisión y Fiscalización del Indecopi

Recorrido fotográfico







