



## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

**N° 00007-2024-TSC/OSIPTEL**

**Lima, 23 de febrero de 2024**

<b>EXPEDIENTE N°</b>	008-2023-CCP-ST/CD
<b>ADMINISTRADOS</b>	VIETTEL PERÚ S.A.C. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
<b>MATERIA</b>	Competencia Desleal
<b>APELACIÓN</b>	Resolución N° 00059-2023-STCCO/OSIPTEL

### **VISTOS:**

(i) El Expediente N° 008-2023-CCP-ST/CD (Cuaderno Principal)

(ii) El recurso de apelación presentado el 12 de diciembre de 2023 por VIETTEL PERÚ S.A.C. (en adelante, BITEL) contra la Resolución N° 00059-2023-STCCO/OSIPTEL del 24 de noviembre de 2023 (en adelante, Resolución Impugnada), emitida por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, ST-CCO).

### **I. ANTECEDENTES:**

1. Con fecha 09 de marzo de 2023, TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), interpuso una denuncia contra BITEL por actos de competencia desleal en la modalidad de violación a la cláusula general y violación de normas, tipificados en los artículos 6<sup>(1)</sup> y 14<sup>(2)</sup> de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD).
2. Mediante Resolución 014-2023-STCCO/OSIPTEL, la ST-CCO admitió a trámite la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA.
3. Por medio de la Resolución N° 00021-2023-CCP/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado Permanente (en adelante, CCP) ordenó a BITEL retirar todo aplicativo móvil mediante el cual se facilite la contratación de servicios móviles, y abstenerse de su uso.

<sup>1</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**  
**Artículo 6.- Cláusula general. -**

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

<sup>2</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**  
**Artículo 14.- Actos de violación de normas. -**

14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

(...)





4. Mediante Resolución N° 0004-2023-TSC/OSIPTEL, el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, TSC) revocó la medida cautelar interpuesta por el CCP.
5. Con fecha 10 de noviembre de 2023, BITEL interpuso una denuncia contra TELEFÓNICA por actos de competencia desleal en la modalidad de violación a la cláusula general, infracción tipificada en el artículo 6 de la LRCD.
6. Con fecha 24 de noviembre de 2023 la ST-CCO emitió la Resolución Impugnada en la cual resolvió lo siguiente:

**“Artículo Primero.** - Denegar la solicitud de audiencia de informe oral efectuada por Viettel Perú S.A.C., mediante el segundo otrosí de su escrito N° 1 (registro SISDOC 57492-2023/MPV), del 10 de noviembre de 2023, en atención a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo Segundo.** - Declarar IMPROCEDENTE la denuncia presentada por Viettel Perú S.A.C. contra Telefónica del Perú S.A.A., mediante su escrito N° 1 (registro SISDOC 57492-2023/MPV), del 10 de noviembre de 2023, por la presunta comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de violación a la cláusula general, infracción tipificada en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1044, en atención a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo Tercero.** - Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de Viettel Perú S.A.C. contenida en el primer otrosí de su escrito N° 1 (registro SISDOC 57492-2023/MPV), del 10 de noviembre de 2023, referida a la acumulación del presente procedimiento al Expediente N° 004-2023-CCP-ST/CD.

**Artículo Cuarto.** - Notificar la presente resolución a Viettel Perú S.A.C.”

7. Entre los argumentos expuestos por la ST-CCO en la Resolución Impugnada se encuentran los siguientes:
  - a. Como cuestión previa la ST-CCO señaló respecto a la solicitud de informe oral que BITEL ya habría expuesto sus argumentos y medios probatorios mediante su Escrito N° 1, por lo que consideró que contaba con los elementos suficientes para determinar la procedencia de la denuncia, denegando así la solicitud de Informe Oral.
  - b. Respecto a la Finalidad Concurrencial, la ST-CCO argumenta que las 03 conductas denunciadas por BITEL no tendrían naturaleza concurrencial pues, en primer lugar, son iniciadas de oficio de haberse encontrado indicios suficientes de una presunta conducta contraria a leal competencia y ello de acuerdo a las funciones de los organismos que las inician; y, en segundo lugar, se realizaron en el ejercicio del derecho de petición administrativa y acción judicial con el que cuenta TELEFÓNICA. Además, menciona que no tendría esta naturaleza debido a que es una acción que no ha sido realizada ni se ha materializado en el mercado, sino que fue una conducta esperada, por cuanto TELEFÓNICA consideró la presunta existencia de una afectación al proceso competitivo.



- c. En cuanto a la figura de abuso de procesos legales, añade que no se advierte una infracción a la cláusula general de este tipo, dado que para ello debe cumplir con determinados requisitos. En este caso no se cumplen, pues cada acto denunciado se justifica tanto en el procedimiento que seguía la denuncia planteada como en indicios de un acto de competencia desleal.
- d. Sobre el encauzamiento, la ST-CCO señala que se tomará en cuenta la denuncia por el lado de los medios probatorios aportados y que será materia de análisis en cuanto a la presunta infracción de TELEFÓNICA a las Normas de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones <sup>(3)</sup> (en adelante, Condiciones de Uso). Sin embargo, las tres conductas denunciadas no son factibles de ser investigadas, pues no se puede atribuir el carácter de conducta desleal al solicitar a las autoridades que realicen investigaciones respecto a presuntas infracciones.
- e. Dado que las conductas denunciadas no cumplirían con el requisito de finalidad concurrencial, y no habrían indicios razonables para que se constituya una violación a la cláusula general, la ST-CCO declaró IMPROCEDENTE la denuncia, y por ende también declaró IMPROCEDENTE la acumulación del procedimiento al Expediente N° 004-2023-CCP-ST/CD
8. Con fecha 12 de diciembre de 2023, BITEL interpuso recurso de apelación, contra la Resolución Impugnada del 24 de noviembre de 2023. En este recurso solicitó al TSC que declare fundado su recurso de apelación y revoque la Resolución Impugnada en todos sus extremos. Entre los argumentos expuestos por BITEL se encuentran los siguientes:

Con relación a que se habría realizado un análisis parcial y fragmentado de la denuncia

- (i) BITEL argumenta que en su denuncia se cuestiona la estrategia desarrollada por TELEFÓNICA que consiste en: “La ejecución de una serie de conductas contrarias a la buena fe empresarial dirigidas a obstaculizar o impedir las ventas de BITEL, logrando una ventaja competitiva que no es producto de su propia eficiencia.”
- (ii) Las conductas denunciadas por BITEL son: (i) realizar o permitir la realización de contrataciones de servicios sin las medidas de seguridad establecidas en las Condiciones de Uso, desnaturalizando las modalidades autorizadas por OSIPTEL, y (ii) acusar a BITEL por actos que la misma TELEFÓNICA continúa realizando en el mercado tratando de obtener una ventaja ilícita, además, mediante procesos legales orientados a que BITEL se vea impedido de usar su aplicativo BITEL Ventas.
- (iii) Según expone BITEL, TELEFÓNICA habría alegado anteriormente que adoptó medidas de seguridad, cuando en la realidad y como se muestra en sus medios probatorios, TELEFÓNICA siguió realizando ventas de líneas

<sup>3</sup> Aprobadas mediante Resolución N° 172-2022-CD/OSIPTEL.



móviles en la vía pública, a través de sus aplicativos de ventas móviles sin adoptar medidas de seguridad.

- (iv) La ST-CCO solo habría analizado la parte de la estrategia relacionada a los procesos legales, descartando de plano la numerosa evidencia de las conductas desleales efectuadas por TELEFÓNICA que son equivalentes a aquellas por las que inició una investigación en contra de BITEL.

Con relación a que se habría realizado una interpretación ilegal de los requisitos de procedencia de una denuncia por actos de competencia desleal

- (i) Según BITEL, conforme a la LRCD y el Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00248-2021-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias), al evaluarse la procedencia se verifican ciertos requisitos, sobre estos BITEL resume que cumple con todos ellos, por lo que no se encuentra causal de improcedencia.
  - (ii) Lo decidido por la ST-CCO contraviene toda la normativa respecto a la finalidad concurrencial y competencia desleal de la LRCD, los Lineamientos resolutivos para la aplicación de las normas de represión de la competencia desleal (en adelante, Lineamientos del OSIPTEL) y lo dictado por distintos órganos.
  - (iii) La estrategia de TELEFÓNICA sí constituye una conducta que tiene naturaleza concurrencial, debido a que el iniciar procedimientos logró una investigación, y en paralelo, TELEFÓNICA quedaba en libertad para seguir realizando la conducta desleal en el mercado.
  - (iv) Menciona que la ST-CCO llegó a la conclusión de improcedencia de forma errónea, pues de acuerdo con los Lineamientos del OSIPTEL, se debió analizar las conductas no desde la perspectiva de su finalidad, sino de sus efectos, lo cual es contrario a lo realizado por la ST-CCO. Además, destaca que las conductas denunciadas tenían la potencialidad y finalidad de mejorar las circunstancias de TELEFÓNICA en el mercado.
  - (v) Se afecta el derecho de acción, debido a que la ST-CCO habría realizado interpretaciones restrictivas que no se vinculan a lo establecido en el marco legal y tampoco con las interpretaciones previas del OSIPTEL o del INDECOPI.
  - (vi) Aun si no se toman en consideración los procedimientos iniciados en su contra por falta de finalidad concurrencial, solicitan igualmente que la denuncia sea encauzada para investigar los incumplimientos a las Condiciones de Uso por parte de TELEFÓNICA.
9. Mediante Memorando N° 00005-STCCO/2024 de fecha 09 de enero de 2024, la ST-CCO remitió los actuados a este Tribunal con relación al recurso de apelación interpuesto por BITEL.
10. El 5 de febrero de 2024, se llevó a cabo un informe oral, en la que ambos administrados participaron para exponer sus posiciones y responder las preguntas formuladas por el TSC.







11. El 12 de febrero de 2024, BITEL presentó un escrito “Para mejor resolver”, manifestando, entre otros argumentos, los siguientes:

- (i) La estrategia denunciada no se limita a las acciones legales implementadas por TELEFÓNICA para desviar la atención de la ST-CCO, sino que la deslealtad de la estrategia consistía en crear una apariencia de cumplimiento de la regulación, mientras desarrollaba estrategias veladas para eludir las prohibiciones de esa misma regulación.
- (ii) No se trata de hechos aislados, sino que todos responden a una intencionalidad común de perjudicar la posición competitiva de BITEL. TELEFÓNICA aparenta cumplir con las normas sectoriales al dirigir la atención de la ST-CCO, a través de sus denuncias, a la supuesta adopción por parte de dicha empresa de medidas de seguridad, y al mismo tiempo señala en sus denuncias que otros operadores no han cumplido con adoptar esas medidas de seguridad. Con estas acciones logra que el foco de la atención de la autoridad se centre en los aplicativos de ventas como medio para incumplir la regulación y buscó paralizar las operaciones de BITEL impulsando una medida cautelar dirigida a prohibir el uso de su aplicación BITEL ventas.
- (iii) Las acciones de TELEFÓNICA se encuentran conectadas entre sí: han sido ejecutadas en paralelo e incumpliendo con los requisitos establecidos para las modalidades de contratación que son distintas a las denunciadas por TELEFÓNICA respecto de BITEL, pero que tienen el mismo efecto: eludir la regulación sectorial para lograr realizar ventas en la vía pública, a donde conveniente TELEFÓNICA no ha dirigida la atención de la ST-CCO.
- (iv) Las acciones coinciden en el mismo periodo, tomaron lugar en un plazo de 4 meses, y también en el mismo ámbito geográfico, lo que también comprueba el factor de conexión requerido conforme a criterios del TSC.
- (v) En su denuncia presentan indicios razonables y suficientes que muestran cómo TELEFÓNICA, aparentando el pleno cumplimiento de las Condiciones de Uso ante las autoridades y mientras iniciaba acciones legales en contra de BITEL, utilizaba vías como la autodesactivación y la venta masiva de chips móviles para seguir realizando ventas indebidas. Es decir, presentaron indicios del desarrollo de una estrategia desleal contraria a la cláusula general de la LRCD.

## II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

12. De lo expuesto en los antecedentes, y teniendo en cuenta las pretensiones formuladas por BITEL en su recurso de apelación, este Tribunal considera que las cuestiones en discusión en el presente caso son las siguientes:

- (i) Determinar si se realizó un análisis parcial y fragmentado de la denuncia interpuesta, al haberse analizado únicamente los procesos legales.
- (ii) Determinar si se realizó una interpretación ilegal de los requisitos de procedencia de una denuncia por acto de competencia desleal.
- (iii) Determinar si corresponde encauzar la denuncia presentada por BITEL.





### III. MARCO NORMATIVO

13. El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTel, de acuerdo con el artículo 3 <sup>(4)</sup> de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, tiene la función de solución de controversias.
14. Al respecto, el artículo I <sup>(5)</sup> del Título Preliminar del Reglamento de Solución de Controversias, señala que el OSIPTel conoce y resuelve controversias entre empresas relacionadas a diversas materias, siendo una de estas la investigación y sanción de infracciones a las normas de libre y leal competencia.
15. En efecto, la Cuarta Disposición Complementaria Final <sup>(6)</sup> de la LRCD señala que la aplicación de dichas normas al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del OSIPTel.

4 **LEY N° 27332, LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

**Art. 3 – Funciones**

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,

(...)

3.2 Estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

5 **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00248-2021-CD/OSIPTel - REGLAMENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL OSIPTel**

**Título Preliminar**

**Artículo I**

El presente Reglamento rige la actuación del OSIPTel en cuanto al ejercicio de su función de conocer y resolver controversias entre empresas, en la vía administrativa, aunque sólo una de las partes tenga la condición de Empresa Operadora, relacionadas con las siguientes materias:

a) La investigación y sanción de infracciones a las normas de libre y leal competencia, conforme a la LRCA, la LRCD y la LDFF;

b) La interconexión de redes en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las Empresas Operadoras, derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones;

c) El derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos;

d) Tarifas y cargos diferentes a los que se refiere el inciso b) precedente;

e) Aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones;

f) El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; y,

g) En general, toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de Empresa Operadora.

[Resaltado agregado]

6 **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE COMPETENCIA DESLEAL**  
**Disposiciones Complementarias Finales**

(...)

Cuarta. - Exclusividad de competencia administrativa y alcance de las excepciones. -

(...)

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTel de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTel. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de las mismas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

(...).





16. La ST-CCO será el órgano que actúa como Autoridad Instructora de los procedimientos sancionadores en materia de libre y leal competencia, conforme al Reglamento de Solución de Controversias.
17. Así, los artículos 83 <sup>(7)</sup> y 84 <sup>(8)</sup> del Reglamento de Solución de Controversias establecen que la ST-CCO es competente para evaluar la procedencia de las denuncias en el marco de los referidos procedimientos sancionadores, siendo que, conforme a lo establecido en el artículo 81 de dicha norma, los procedimientos sancionadores se inician siempre de oficio, bien por iniciativa de la ST-CCO o por denuncia. Asimismo, el referido artículo 83 establece que la ST-CCO puede declarar improcedente la denuncia cuando se den los siguientes supuestos (i) presentada por o contra empresas que no tienen la condición de Empresas Operadoras, salvo que se trate de controversias a las que se refiere el inciso g) del artículo I del Título Preliminar; (ii) que versen sobre temas que no son de competencia del OSIPTEL; o, (iii) por cualquier otra causal de improcedencia establecida en el Código Procesal Civil para el caso de las demandas, en lo que resulte aplicable.
18. Ahora bien, cabe precisar que conforme con el artículo 128 del Código Procesal Civil <sup>(9)</sup>, norma de aplicación supletoria conforme con la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de Solución de Controversias, se declarará la improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.
19. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 31 <sup>(10)</sup> de la LRCD, dispone que la autoridad instructora debe evaluar si corresponde el inicio del procedimiento verificando que la denuncia de parte cumpla con los requisitos correspondientes,

<sup>7</sup> **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00248-2021-CD/OSIPTEL - REGLAMENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL OSIPTEL**

**Artículo 83. - Inadmisibilidad e Improcedencia**

La ST-CCO puede declarar la inadmisibilidad de la denuncia que no sea presentada con arreglo al artículo 63, otorgando un plazo de cinco (5) días para subsanar.

Asimismo, la ST-CCO puede declarar improcedente la denuncia: (i) presentada por o contra empresas que no tienen la condición de Empresas Operadoras, salvo que se trate de controversias a las que se refiere el inciso g) del artículo I del Título Preliminar; (ii) que versen sobre temas que no son de competencia del OSIPTEL; o, (iii) por cualquier otra causal de improcedencia establecida en el Código Procesal Civil para el caso de las demandas, en lo que resulte aplicable.

La resolución que declare improcedente o archive la denuncia es impugnante ante el Tribunal, dentro del término de quince (15) días siguientes de su notificación.

<sup>8</sup> **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00248-2021-CD/OSIPTEL - REGLAMENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL OSIPTEL**

**Artículo 84. - Admisión de la denuncia**

De no objetarse la denuncia según lo previsto en el artículo precedente y dentro de los diez (10) días siguientes de su presentación o de culminadas las actuaciones previas, la ST-CCO emite la resolución que admite la denuncia y da inicio al procedimiento sancionador.

<sup>9</sup> Mediante el **Decreto Legislativo 768**, de fecha 4 de marzo de 1992, se promulgó el Código Procesal Civil. Posteriormente, mediante la **Resolución Ministerial 010-93-JUS** se autorizó la publicación del **Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil**, promulgado el 8 de enero de 1993 y publicado el 22 de abril del mismo año.

<sup>10</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE COMPETENCIA DESLEAL**

**Artículo 31.- Resolución de inicio del procedimiento**

31.1.- La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI -, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.



**PERÚ**Presidencia  
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

entre los cuales se encuentra el requisito de fondo de existencia de indicios razonables de alguna infracción administrativa tipificada en la LRCD.

20. En ese sentido, conforme al marco normativo corresponde a esta instancia revisar el recurso de apelación presentado por BITEL.

#### IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

##### 4.1. SOBRE SI SE REALIZÓ UN ANÁLISIS PARCIAL Y FRAGMENTADO DE LA DENUNCIA, AL HABERSE ANALIZADO ÚNICAMENTE LOS PROCESOS LEGALES

21. Según lo expuesto por BITEL, esta habría denunciado la estrategia que habría desarrollado TELEFÓNICA, consistente en la ejecución de conductas contrarias a la buena fe empresarial, que habrían tenido como finalidad obstaculizar las ventas de BITEL, y así lograr una ventaja competitiva.
22. Respecto a las conductas, estas serían el “efectuar o permitir que se efectúen contrataciones de servicios sin las medidas de seguridad y desnaturalizar las modalidades autorizadas por el OSIPTEL como la autoactivación de chips”, y, abrir procesos mediante los cuales en primer lugar se acusaría a BITEL por los mismos actos que TELEFÓNICA realiza en el mercado obteniendo una ventaja ilícita.
23. Según BITEL, TELEFÓNICA habría indicado que adoptó en enero de 2023 las medidas que serían necesarias para cumplir con las disposiciones del OSIPTEL en las Condiciones de Uso, señalando que BITEL, no habiendo adoptado dichas medidas, realizó ventas ambulatorias, lo cual sería un comportamiento desleal, y así obtuvo una ventaja competitiva ilícita.
24. A pesar de aquel argumento de TELEFÓNICA, mediante su denuncia, BITEL habría aportado medios probatorios que indican que la ahora denunciada, TELEFÓNICA, estaría realizando la venta de líneas móviles en la vía pública, cometiendo la misma infracción por la cual habría denunciado a BITEL.
25. En esa misma línea, BITEL expone que TELEFÓNICA habría logrado que se le inicie una investigación a BITEL por una presunta infracción a la regulación, así como también ello habría generado que se le dicte una medida cautelar ocasionando que BITEL esté impedida de utilizar su aplicativo BITEL VENTAS, mientras TELEFÓNICA podía seguir en libertad de realizar la misma infracción, teniendo una ventaja por mandato de la autoridad.
26. Asimismo, BITEL alega que aun cuando la conducta que denuncia y su tipificación es similar a la denunciada por TELEFÓNICA en su contra, también los medios probatorios se asemejan, siendo que TELEFÓNICA presentó dos medios probatorios en el procedimiento contra BITEL, los cuales según BITEL fueron refutados, y en este procedimiento ellos presentan siete medios probatorios, los cuales no han sido valorados por la ST-CCO.
27. Por los argumentos presentados, según BITEL, es que la ST-CCO termina llegando a un análisis parcial y fragmentado de los hechos denunciados declarándose así a la improcedencia de la denuncia, pues solo habrían analizado la estrategia relacionada a los procesos legales, y no la evidencia que muestra la conducta desleal de TELEFÓNICA.

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de  
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados  
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento  
y la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:  
<https://appsi.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>







28. Ahora bien, este Tribunal considera que respecto a si hubo un análisis parcial, inicialmente debe hacerse una revisión al petitorio de la denuncia interpuesta ante el A Quo.
29. De la revisión de la denuncia, se puede observar que la conducta infractora denunciada consistió en el desarrollo de una estrategia contraria a la buena fe empresarial con el fin de obstaculizar y/o paralizar las operaciones de BITEL, materializada concretamente en los siguientes actos:

***“DECLARE responsable a TELEFÓNICA por la comisión de actos competencia desleal en la modalidad de violación de la cláusula general, prevista en el artículo 6 de la LRCD. Dicha vulneración se ha configurado a través de una estrategia contraria a la buena fe empresarial con el fin de obstaculizar y/o paralizar las operaciones de BITEL en el mercado.***

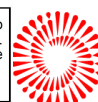
*Concretamente, la estrategia se ha materializado en los siguientes actos por parte de TELEFÓNICA:*

- Acusar a BITEL -y haber logrado- que el CCP del OSIPTEL admita su denuncia- por una supuesta estrategia desleal configurada por no haber adoptado o haber relajado medidas de seguridad que eviten ventas de líneas móviles en canales no autorizados (ventas en la vía pública), y haber establecido una política de premios para promover ventas en esos canales no autorizados, afirmando que en cambio TELEFÓNICA sí había cumplido con adoptar -y asumir los costos de- medidas para evitar ese tipo de ventas, cuando en los hechos esta empresa seguía realizando ventas en canales no autorizados, es decir, a pesar de que desarrollaba en el mercado las mismas conductas de las que nos acusó.*
  - Requerir al CCP del OSIPTEL -y haber logrado- que dicte una medida cautelar cuyo objetivo fue obstaculizar y/o paralizar las ventas de BITEL, pues solicitó que se nos ordene dejar de utilizar nuestro aplicativo de ventas móviles (principal medio de comercialización de BITEL), mientras que TELEFÓNICA quedaba en libertad para seguir utilizando sus propios aplicativos de ventas móviles, asegurándose así de tener una situación privilegiada en el mercado por mandato de la autoridad.*
  - Solicitar a la Policía Nacional del Perú (“PNP”) -y haber logrado- que la Fiscalía de la Nación (“Fiscalía”) inicie de un procedimiento preventivo en contra de BITEL a fin de que realice acciones destinadas a controlar la venta ambulatoria de chips por el supuesto riesgo de configuración de los delitos de robo, hurto receptación y extorsión, para lo cual TELEFÓNICA utilizó como sustento la medida cautelar dictada por el CCP en contra de BITEL.”*
30. Como se puede apreciar de la Resolución Impugnada, partiendo del numeral 38, estos fueron los actos efectivamente considerados por la ST-CCO para realizar su análisis. Así, de manera resumida, consistieron en lo siguiente:
- Denunciar a BITEL por las mismas conductas que TELEFÓNICA realizaba en el mercado.





- Solicitar el dictado de una medida cautelar que impidió a BITEL utilizar sus aplicativos de ventas móviles, mientras TELEFÓNICA era libre de utilizar los propios.
  - Solicitar el inicio de un procedimiento preventivo en contra de BITEL a fin de controlar la venta ambulatoria de chips utilizando la medida cautelar como sustento.
31. De lo anterior se observa que el enfoque de la denuncia consistió en el desarrollo de una estrategia desleal consistente en utilizar procedimientos administrativos y preventivos para obstaculizar las operaciones de BITEL, mientras que TELEFÓNICA realizaba los mismos actos por los que acusó a BITEL y quedaba libre de utilizar sus aplicativos de ventas móviles.
32. En tal sentido, este Tribunal observa congruencia en el análisis realizado por la ST-CCO con respecto a la conducta denunciada, esto es, partiendo con un análisis sobre el uso de estos procedimientos legales como parte de dicha estrategia, para lo cual, como se aprecia entre los numerales 53 al 59 de la Resolución Impugnada, sí consideró lo alegado respecto a que TELEFÓNICA estaría incurriendo en otros actos de naturaleza similar a los cuales por los que denunció a BITEL, señalando que, si bien, a su consideración, los actos antes mencionados no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LRCD, la información -medios probatorios- aportada por BITEL será evaluada por la ST-CCO en consonancia con lo señalado en la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 00036-2023-CCP/OSIPTEL, entiéndase para, de estimarse, iniciar las acciones de investigación preliminar respectivas.
33. Sobre este punto, BITEL presentó con su denuncia los siguientes medios probatorios:
- i. Carta de Telefónica dirigida al Director de la Seguridad Ciudadana de la Policía Nacional del Perú de fecha 15 de junio de 2023.
  - ii. Disposición Fiscal N° UNO de la Segunda Fiscalía Provincial de Prevención de Delito de Lima Centro del 26 de junio de 2023.
  - iii. Grabación de audio del día 7 de junio de 2023 a las 12:05 horas en la intersección de la Calle Lima y la Calle Cajamarca, distrito, provincia y región Ica.
  - iv. Video del día 24 de mayo de 2023 a las 18:40 horas en la estación La Cultura del metro en la intersección de las Avenidas Javier Prado Este y Avenida Aviación, distrito de San Borja, provincia y región de Lima.
  - v. Grabación de audio de una verificación realizada por OSIPTEL el 31 de enero de 2023 a las 12:45 horas en la intersección de la Avenida José Balta con la Calle San José, distrito y provincia de Chiclayo, región Lambayeque.
  - vi. Video del día 16 de junio de 2023, grabado en el Parque Magdalena, ubicado en el distrito de Ayacucho, Provincia de Huamanga, región de Ayacucho, y el Acta notarial de la misma fecha que certifica dicha grabación.





- vii. Video del día 16 de junio de 2023, grabado en la Plaza de Armas – Parque Sucre, ubicado en el distrito de Ayacucho, Provincia de Huamanga, región de Ayacucho, y el Acta notarial de la misma fecha que certifica dicha grabación.
34. Al respecto, estos medios probatorios están dirigidos a probar la existencia de los actos que componen la estrategia desleal denunciada, esto es, la solicitud del inicio de un procedimiento preventivo de TELEFÓNICA en contra de BITEL y el inicio del mismo, así como el hecho que TELEFÓNICA realizaba los mismos actos por los que denunció a BITEL, relacionados a la venta de líneas móviles en la vía pública sin las medidas de seguridad.
35. Ahora bien, BITEL alega que estos medios probatorios no han sido valorados por la ST-CCO. No obstante, de los fundamentos expuesto por la ST-CCO a lo largo de la Resolución Impugnada, se tiene que la ST-CCO no cuestiona la existencia u ocurrencia de los actos anteriormente señalados. En particular, los primeros dos medios probatorios acreditan, en efecto, la solicitud de inicio del procedimiento preventivo presentada por TELEFÓNICA a la PNP, así como el inicio del mismo dispuesto mediante Disposición Fiscal N° UNO de la Segunda Fiscalía Provincial de Prevención de Delito de Lima Centro del 26 de junio de 2023. Ello en efecto es considerado y evaluado por el CCP, concluyendo que esta es una conducta esperada de TELEFÓNICA que resulta como consecuencia de la emisión de la medida cautelar por el CCP.
36. Los demás medios probatorios fueron presentados por BITEL, como se señaló previamente, con la intención de probar que TELEFÓNICA realizaba los mismos actos por los que denunció a BITEL, relacionados a la venta de líneas móviles en la vía pública sin las medidas de seguridad. En este punto, la ST-CCO no omitió la existencia de estos medios probatorios, sino que realizó un análisis delimitado en la conducta que fue denunciada, esto es, partiendo de los procedimientos legales como parte de la estrategia desleal, de modo que, valorando dichos medios probatorios, consideró que estos podrían ser objeto de evaluación para, de ser el caso, iniciar las acciones de investigación preliminar respectivas.
37. En ese sentido, el hecho de que la ST-CCO haya realizado un análisis desagregando los actos que comprenden la estrategia no significa que haya realizado un análisis fragmentado y parcial, en tanto sí incluyó en dicho análisis todo lo que el petitorio indica, sin desmeritar la información aportada por BITEL.
38. Inclusive, adicionalmente al análisis realizado por la ST-CCO sobre los actos denunciados, pese a que esta, como bien señala BITEL en su escrito del 12 de febrero de 2024, no fue expresamente incluida de tal forma en la denuncia, la ST-CCO realizó un análisis de la figura de “abuso de procesos legales” o “litigación predatoria”, con la finalidad de realizar un análisis completo sobre la conducta denunciada, considerando la posibilidad de que, por su formulación en la denuncia, los actos denunciados calzaran en dicha figura.
39. Cabe señalar que, a diferencia del énfasis que se brinda en el recurso de apelación, la denuncia no fue presentada cuestionando como conducta desleal la infracción regulatoria de realizar contrataciones ambulatorias de líneas móviles sin medidas de seguridad, desnaturalizando las modalidades autorizadas por el OSIPTEL, sino que cuestiona la estrategia de utilizar estos procedimientos legales para obstaculizar las operaciones de BITEL, lo que se condice con el análisis realizado por la ST-CCO.





40. Siendo así, el TSC considera que no se ha realizado un análisis parcial y fragmentado en la Resolución Impugnada, sino un análisis que se condice con lo que el petitorio indica.
- 4.2 SOBRE SI LA SE REALIZÓ UNA INTERPRETACIÓN ILEGAL DE LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE UNA DENUNCIA POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL, AL HABER DEFINIDO DE MANERA INCORRECTA LA FINALIDAD CONCURRENCIAL**
41. En su recurso de apelación, BITEL alega que la LRCD establece dos ámbitos de aplicación, uno subjetivo y otro objetivo. Con respecto a este último, referido a que los actos denunciados tengan como “efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, concurrir en el mercado”, menciona que los Lineamientos del OSIPTEL establecen que la normativa solo es aplicable a conductas que constituyan “actividad concurrencial”, es decir, destinados a captar consumidores y mejorar su posicionamiento en el mercado por medios distintos a su propia eficiencia.
42. En esa misma línea, BITEL explica que un acto de naturaleza concurrencial, según la LRCD, los Lineamientos del OSIPTEL y decisiones previas de los órganos de OSIPTEL e INDECOPI, se caracteriza por tener como finalidad la obtención de una ventaja, directa o indirecta, en favor del agente económico que lo realiza. Asimismo, indica que se ha reconocido como actos concurrenciales las conductas efectuadas con la finalidad de impactar en el proceso competitivo, independientemente del medio utilizado para ello.
43. BITEL agrega que los Lineamientos del INDECOPI también establecen como infracción a la leal competencia mediante la cláusula general el abuso de procesos legales, la cual se trata de la utilización indebida del derecho de iniciar procesos judiciales o administrativos para entorpecer el proceso competitivo, figura que no se exterioriza en el mercado, pero tiene por finalidad obtener una ventaja a favor del agente que las realiza.
44. BITEL argumenta que el carácter concurrencial de una conducta es independiente de los efectos que dicha conducta genere. Se debe considerar que un acto se ha materializado en el mercado y tiene naturaleza concurrencial si este tiene como objetivo mejorar el posicionamiento de dicho agente por motivos distintos a la eficiencia económica.
45. Añade que la ST-CCO en el análisis de procedencia, debió evaluar si los actos denunciados califican o no como actos concurrenciales, por lo que su análisis se debía enfocar a determinar si se trata de actos mediante los cuales los agentes tienen la intención de obtener una ventaja directa o indirecta en su situación competitiva en el mercado.
46. Respecto a la improcedencia, BITEL declara que la STCCO llega a aquella conclusión tras confundir el análisis del carácter concurrencial de la conducta, con la evaluación de los efectos reales o potenciales de la misma, evaluación que se realiza luego de admitida la denuncia.
47. En lugar de evaluar la finalidad y potencialidad de la misma de afectar la posición competitiva de BITEL, con la decisión de la ST-CCO se estaría restringiendo indebidamente el derecho de acción de BITEL, además, que habría aplicado una interpretación restrictiva de acto concurrencial que no se sustenta en el marco normativo ni en los pronunciamientos previos del OSIPTEL o del INDECOPI.





**PERÚ**Presidencia  
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

48. Menciona además que la interpretación señalada es incorrecta, debido a que los procesos que TELEFÓNICA habría denunciado se basaron en una supuesta desventaja competitiva que se le generaba a la entonces denunciante, por lo que el desarrollo conjunto de las conductas denunciadas tenía potencialidad y finalidad de generar una mejora competitiva a favor de la empresa mencionada.
49. Al respecto, la ST-CCO menciona que los hechos denunciados no reúnen el requisito de la finalidad concurrencial previsto en el artículo 2<sup>(11)</sup> de la LRCD, dado que estas conductas se iniciaron en ejercicio del Derecho de petición administrativa y acción judicial.
50. En esa misma línea, la ST-CCO alega que no se observa la naturaleza concurrencial en los actos denunciados que puedan tomarse como indicios para el inicio de un procedimiento sancionador, ello pues:
- (i) La denuncia, la solicitud de medida cautelar y el pedido del inicio de procedimiento preventivo a la PNP no se encuentran sustentados en diversas motivaciones de carácter injustificado o de patrón sistemático, sino que todos se encuentran vinculados con el procedimiento sancionador de solución de controversias en atención a la denuncia presentada por TELEFÓNICA.
  - (ii) El inicio del procedimiento y el dictado de la medida cautelar fueron emitidos en base a la propia evaluación de los órganos sobre la información remitida por TELEFÓNICA.
  - (iii) El inicio del procedimiento preventivo en sede judicial se sustentó en la medida cautelar dictada de oficio por el CCP.
  - (iv) Aun cuando no es posible emitir un juicio de probabilidad de las pretensiones de TELEFÓNICA, se observa que los órganos de solución de controversias consideraron que existían indicios del acto de competencia desleal.
51. Respecto a los requisitos de procedencia, el Tribunal advierte que el artículo 64<sup>(12)</sup> del Reglamento de Solución de Controversias especifica tres requisitos para declarar la procedencia de cualquier reclamación: (i) que sea presentada contra otra empresa operadora; (ii) que verse sobre temas competencia del OSIPTEL; y, (iii) que no se encuentre en alguna de las causales de improcedencia del Código

11

**DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL****Artículo 2.- Ámbito de aplicación objetivo.-**

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

12

**REGLAMENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS****Artículo 64.- Inadmisibilidad e Improcedencia**

El Cuerpo Colegiado puede declarar la inadmisibilidad de la reclamación que no sea presentada con arreglo al artículo 63, otorgando un plazo de cinco (5) días para subsanar.

Asimismo, el Cuerpo Colegiado puede declarar improcedente la reclamación: (i) presentada por o contra empresas que no tienen la condición de Empresas Operadoras, salvo que se trate de controversias a las que se refiere el inciso g) del artículo I del Título Preliminar; (ii) que versen sobre temas que no son de competencia del OSIPTEL; o, (iii) por cualquier otra causal de improcedencia establecida en el Código Procesal Civil para el caso de las demandas, en lo que resulte aplicable.

La resolución que declare improcedente o archive la reclamación es impugnante ante el Tribunal, dentro del término de quince (15) días siguientes de su notificación.





Procesal Civil. Sobre este punto, no es un hecho controvertido que en el presente caso se cumplen con dichos requisitos.

52. Por otro lado, la LRCD, en el artículo 31<sup>(13)</sup>, numeral 1, establece que la Secretaría Técnica, previo a admitir a trámite una controversia, debe verificar que se cumplan los requisitos formales del Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI (en adelante, TUPA del INDECOPI), la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a dicha ley.
53. Asimismo, como se señaló en el acápite previo, la autoridad instructora debe verificar que (i) la denunciante haya identificado el tipo infractor presuntamente vulnerado, contenido en la norma invocada; y, (ii) que existan indicios razonables de que el tipo infractor cuya realización se denuncia se ha configurado en la realidad<sup>(14)</sup>.
54. No es un hecho controvertido que en el presente caso se cumplen con los requisitos tipificados en el Reglamento de Solución de Controversias. Lo controvertido es el cumplimiento del requisito de la LRCD referido a la existencia de indicios razonables de la infracción, lo que será materia de análisis por parte de este Tribunal.
55. Para ello, se debe tener en consideración, en primer término, que el ámbito de aplicación objetivo de la LRCD comprende a todos aquellos “actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado”<sup>(15)</sup>, por lo que, para que un acto se encuentre bajo el ámbito de aplicación de dicha norma está circunscrito a que cuente con una finalidad concurrencial.
56. Sobre el particular, la Exposición de Motivos de la LRCD establece que “los actos que se encuentran regulados por la Ley son los que tienen una naturaleza meramente concurrencial, no siendo aplicable a conductas que, aunque tengan

13 **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

**Artículo 31.- Resolución de inicio del procedimiento.-**

31.1.- La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI -, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.

14 **TEXTO ÚNICO ORDENADO LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, APROBADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1034**

**Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte**

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

(...)

b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.(...)

**DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

**Artículo 29.- Requisitos de la denuncia de parte**

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

(...)

b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más actos de competencia desleal. (...)

15 **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

**Artículo 2.- Ámbito de aplicación objetivo.-**

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.





repercusiones sobre los agentes económicos que concurren en el mercado, posean otro tipo de naturaleza”<sup>(16)</sup>.

57. Los Lineamientos del OSIPTEL definen como “actividad concurrencial” aquella **“actividad realizada con el objetivo de desarrollar una actividad económica en un mercado”**<sup>(17)</sup> (énfasis agregado). Asimismo, acogiendo la interpretación de INDECOPI, señalan que la finalidad concurrencial se presenta **“cuando el agente que lo realiza procura obtener o generarse algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo. El efecto o la finalidad de posicionarse en el mercado, de obtener una mejora directa o indirecta en la situación competitiva a partir de la ejecución de la conducta, es el elemento central que caracteriza a un acto concurrencial”**<sup>(18)</sup> (énfasis agregado).
58. En atención a lo anterior, se estableció como Lineamiento 1 que **“La actividad concurrencial constituye un presupuesto para la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, en tanto que el agente económico deberá tener como objetivo desarrollar una actividad económica en un mercado, esto es, tener como finalidad, de modo directo o indirecto, concurrir en el mercado”**.
59. Asimismo, los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del INDECOPI, aprobados en el 2022 (en adelante, los Lineamientos del INDECOPI) citan las siguientes resoluciones de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI (en adelante, SDC del INDECOPI) para definir lo que se entiende por finalidad concurrencial:

**“(…) la definición de acto concurrencial exige que como consecuencia directa de su ejecución el acto tenga la idoneidad para producir una modificación en el comportamiento de los consumidores, desviando sus decisiones de compra respecto de un mercado determinado o identificable. (...) En tal sentido, si el acto no se exterioriza en el mercado donde interactúan la oferta y la demanda, o no es susceptible, en sí mismo, de producir –ya sea real o potencialmente– un efecto de posicionamiento para el empresario que lo ejecuta no sería una conducta sujeta al ámbito objetivo de aplicación de la ley. Así, un comportamiento tendrá finalidad concurrencial cuando a través de su realización, el empresario que lo comete procura obtener o generarse algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo.”**<sup>(19)</sup>

**“(…) se distingue a un acto con finalidad concurrencial cuando: (i) se ejecuta o materializa en un determinado mercado de bienes o servicios; (ii) siendo susceptible de generar un beneficio mercantil, atrayendo las preferencias de los consumidores.”**<sup>(20)</sup>

<sup>16</sup> Ámbito de aplicación objetivo. Exposición de Motivos de la LRCO, pág. 10. Disponible en [https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf](https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf)

<sup>17</sup> Lineamientos del OSIPTEL, numeral 4.1.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Resolución N° 0564-2014/SDC-INDECOPI.

<sup>20</sup> Resolución N° 0083-2014/SDC-INDECOPI.





*“serán actos concurrenciales todas aquellas actividades **dotadas de trascendencia externa**, esto es, que se ejecuten en el mercado y que sean susceptibles de mantener o incrementar el propio posicionamiento del agente que las realiza.”<sup>(21)</sup>*

(Énfasis agregado)

60. Asimismo, en pronunciamientos recientes<sup>(22)</sup>, la SDC del INDECOPI reafirma que los actos concurrenciales son aquellas actividades dotadas de trascendencia externa, es decir, se ejecutan y/o exteriorizan en el mercado donde interactúan la oferta y la demanda, y su elemento central es el efecto o finalidad de posicionarse en el mercado, es decir, ser susceptibles de mantener o incrementar el posicionamiento del agente que lo realiza, obteniendo una mejora, directa o indirecta, en su situación competitiva a partir de la ejecución de la conducta.
61. En ese sentido, advierte que, si el acto cuestionado no se exterioriza en el mercado, o si no es pasible de producir un efecto de posicionamiento para el agente que ejecuta la conducta, dicha conducta no se encontraría dentro del ámbito de aplicación de la LRCD <sup>(23)</sup>.
62. De forma adicional, la SDC precisa que no será concurrencial una situación en la que exista un agente afectado como consecuencia de una conducta, si es que esta no genera una ventaja comercial, directa o indirecta, para quien comete dicho acto <sup>(24)</sup>. En otros términos, a efectos de aplicar la LRCD, el análisis debe centrarse, principalmente, en el beneficio potencial, manifestado a través de la obtención de una ventaja comercial, que conseguiría el agente económico que comete la conducta.
63. Con este desarrollo jurisprudencial, el INDECOPI definió con mayor detalle lo que implica un acto con finalidad concurrencial, de manera coherente con lo dispuesto en la LRCD.
64. Por su lado, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la definición de concurrencial *“exige que la conducta infractora tenga la idoneidad para producir una modificación en las decisiones de consumo de los usuarios, lo cual importa que el acto se exteriorice en el mercado donde justamente interactúa la oferta y la demanda a fin de generar real o potencialmente, una afectación que es aprovechada por el agente infractor, quien mejora su posición en el mercado respecto de los perjudicados por la conducta infractora”<sup>(25)</sup>*.
65. Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal considera que un acto cuenta con finalidad concurrencial cuando se presente una de las siguientes dos condiciones:

<sup>21</sup> Resolución N° 0188-2013/SDC-INDECOPI, Resolución N° 0496-2013/SDC-INDECOPI, Resolución N° 0143-2015/SDC-INDECOPI, entre otras.

<sup>22</sup> Resolución N° 0018-2023/SDC-INDECOPI, Resolución N° 0150-2018/SDC-INDECOPI, entre otras.

<sup>23</sup> Confróntese con el párrafo 18 de la Resolución N° 0018-2023/SDC-INDECOPI.

<sup>24</sup> Resolución N° 0018-2023/SDC-INDECOPI, Resolución N°1533-2012/SC1-INDECOPI, y Resolución 473-2012/SC1-INDECOPI.

<sup>25</sup> Casación N° 12987-2015 Lima.







- (i) La conducta tiene transcendencia externa, esto es, se ejecuta o exterioriza en el mercado en el que interactúa la oferta y la demanda.
  - (ii) La conducta es susceptible, en sí misma, de producir un efecto de posicionamiento para el agente económico que lo ejecuta en el mercado, es decir, la idoneidad para producir una modificación en el comportamiento de los consumidores, ya sea por incentivar directamente la contratación de los bienes o servicios que presta el agente que realiza la conducta (efecto directo) o por generar una ventaja en el mercado a un tercero con quien mantiene un vínculo que permite generar indirectamente un beneficio para el agente que realiza la conducta (efecto indirecto).
66. Por su lado, y de manera similar a lo considerado por este Tribunal, la ST-CCO señaló que, para verificar que un comportamiento tiene naturaleza concurrencial, se debe identificar de manera concomitante lo siguiente:
- (i) La conducta debe ser de carácter externo, esto es, debe exteriorizarse en el mercado específico donde interactúa la oferta y la demanda objeto de análisis.
  - (ii) La conducta debe tener como finalidad el desarrollo de una actividad económica en el mercado.
  - (iii) La conducta debe ser susceptible de generar o incrementar -de forma real o potencial- el posicionamiento del agente denunciado en el mercado específico.
67. Como se puede observar, la interpretación adoptada por la ST-CCO sobre aquello en que consiste un acto con finalidad concurrencial se desprende y recoge los criterios desarrollados por el INDECOPI, su jurisprudencia, la jurisprudencia de la Corte Suprema, los Lineamientos del OSIPTEL y la LRCD, por lo que este Tribunal considera que no se ha realizado una interpretación ilegal sobre los requisitos de un acto con finalidad concurrencial, sino, por el contrario, la ST-CCO ha realizado una definición que guarda coherencia con la normativa y los pronunciamientos de las autoridades competentes.
68. Ahora bien, corresponde a este Tribunal evaluar si es que dichos criterios propios de la definición de un acto concurrencial fueron aplicados correctamente por la ST-CCO en la Resolución Impugnada.
69. Al respecto, en la Resolución Impugnada, la ST-CCO destaca que las tres conductas denunciadas por BITEL se materializan en las solicitudes administrativas que presentó TELEFÓNICA contra BITEL, siendo que no tendrían finalidad concurrencial, dado que la denunciada actuaba haciendo ejercicio de su derecho de petición administrativa y acción judicial. Asimismo, la ST-CCO explica que aun cuando los procedimientos sancionadores de solución de controversias sean comenzados producto de una denuncia, estos son iniciados siempre de oficio.
70. Por ello, la ST-CCO considera que la denuncia planteada no estaría vinculada con una conducta que se materialice en el mercado, donde participa la oferta y la demanda, sino que es una conducta en la cual el administrado, en este caso TELEFÓNICA, denunció por considerar la presunta existencia de una afectación al proceso competitivo.
71. Además, expone la ST-CCO que no resulta factible imputar como desleal las solicitudes a las autoridades policiales o fiscales para el inicio de investigaciones,





cuando en este caso ello fue realizado teniendo como base la medida cautelar emitida por el CCP. Agrega que el caso en el que un agente económico denuncia a otro por la presunta comisión de actos contrarios a la leal competencia no podría considerarse un acto que contravenga la leal competencia aun si el denunciante incurre en los mismos actos, pues ello no genera un impacto en la evaluación de la conducta infractora denunciada previamente, y por cuanto se está ante la protección del orden público y de los consumidores en general.

72. Sobre el particular, el TSC tiene en consideración que, como se mencionó anteriormente, la conducta denunciada consistió en el desarrollo de una estrategia consistente en: (i) denunciar a BITEL por las mismas conductas que TELEFÓNICA realizaba en el mercado; (ii) solicitar el dictado de una medida cautelar que impidió a BITEL utilizar sus aplicativos de ventas móviles, mientras TELEFÓNICA era libre de utilizar los propios; y, (iii) solicitar el inicio de un procedimiento preventivo en contra de BITEL a fin de controlar la venta ambulatoria de chips utilizando la medida cautelar como sustento.
73. Al respecto, se debe recordar que para que un acto tenga finalidad concurrencial, este debe tener trascendencia externa en el mercado y ser susceptible de producir un efecto de posicionamiento para el agente económico que lo ejecuta en el mercado. En este caso, si bien la interposición de una denuncia, la solicitud de una medida cautelar y/o la solicitud de inicio de un procedimiento preventivo no son actos que se ejecutan directamente en el mercado, a diferencia de lo señalado por la ST-CCO, este Tribunal considera que es susceptible de generar un posicionamiento del agente económico denunciado en el mercado.
74. Esto debido a que es de conocimiento de los agentes del mercado que la interposición de una denuncia puede derivar en la imposición de medidas que, si bien con la finalidad de restaurar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, afectan directamente la conducta de los agentes económicos involucrados y que participan en el mercado. Así, esta decisión puede generar que la empresa denunciada obtenga o, en todo caso, recupere su posición en el mercado que vio afectada por la conducta desleal.
75. En la misma línea, con la solicitud de una medida cautelar se genera la necesaria evaluación por parte de la autoridad competente, lo que puede conllevar al dictado de una decisión que ciertamente va a trascender en el mercado. En este punto se debe recordar que, para que un acto tenga finalidad concurrencial, no es indispensable que se ejecute en el mercado, sino que le otorgue una ventaja comercial a quien ejecuta la conducta.
76. Ello fue lo que ocurrió en el presente caso, pues mediante una medida cautelar se impusieron prohibiciones que generaron que BITEL se viera impedida de utilizar sus aplicativos de ventas móviles, generando un impacto en el mercado que podría ser susceptible de generar un posicionamiento en el mercado a los agentes que no tenían dicha restricción.
77. Lo mismo ocurre con el inicio de un procedimiento preventivo ante la PNP, pues este tenía la finalidad de controlar la venta en la vía pública de líneas móviles de BITEL, lo que también termina exteriorizándose en el mercado.
78. Aunado a ello, se tiene en consideración que la interposición de denuncias o inicio de procedimientos legales en contra de un agente económico que participa en el





mercado tienen la susceptibilidad de afectar su reputación, pudiendo generar un desplazamiento en la preferencia de los consumidores a través de un daño reputacional.

79. Este TSC considera que no es necesario que la denunciante se encuentre en pleno control del resultado de la denuncia -control que en efecto no tiene, dado que la decisión es adoptada por la autoridad competente-, en tanto basta con conocer la probabilidad de la misma, al conocer, por ejemplo, la línea de pronunciamientos previos del OSIPTEL, y considerando, además, que la interposición de denuncias o solicitud de medidas cautelares o inicio de otros procedimientos necesariamente va a generar una acción por parte de la autoridad tiene -como en el caso analizado- un impacto en el mercado, por lo anteriormente señalado.
80. En ese sentido, a diferencia de lo señalado por la ST-CCO, este Tribunal considera que los actos denunciados sí cuentan con finalidad concurrencial, por cumplir con los criterios antes señalados.
81. No obstante, es importante señalar que este Tribunal considera que el hecho de que una conducta tenga finalidad concurrencial no implica que necesariamente se deba dar trámite a la denuncia.
82. Al respecto, como se ha señalado anteriormente, la LRCD establece como requisito para la procedencia de la denuncia que existan indicios razonables de que el tipo infractor cuya realización se denuncia se ha configurado en la realidad.
83. En esta línea, para determinar si existen indicios razonables de que el tipo infractor denunciado se haya configurado en la realidad, este Tribunal considera que se deben considerar dos aspectos. El primero es el previamente analizado, es decir, se debe evaluar si la conducta denunciada se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la ley, lo que implica que se trate de un acto con finalidad concurrencial. De esta manera, si se advierte que no tiene dicha finalidad, no hay motivos para continuar con una evaluación de fondo en tanto no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la LRCD. Este punto ha sido previamente analizado, concluyéndose que sí cuenta con finalidad concurrencial, por lo que corresponde analizar el segundo requisito.
84. El segundo requisito es que existan indicios razonables de que se haya configurado un acto contrario a la buena fe empresarial. Al respecto, se requiere tener en consideración lo dispuesto en la cláusula general del artículo 6 de la LRCD, que, sin perjuicio de ser de aplicación residual, es decir, se aplica únicamente cuando la conducta no calza en tipo infractor específico del listado enunciativo de la LRCD, comprende una definición general de todos los actos desleales prohibidos por la LRCD. De esta manera, la cláusula general del artículo 6 de la LRCD establece lo siguiente en su numeral 6.2:

**“Artículo 6.- Cláusula general. –**

(...)

*6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.”*

85. Asimismo, los Lineamientos del OSIPTEL establecen que para que una conducta califique como desleal, debe tener las siguientes características:





- (i) Que exista una conducta.
  - (ii) Que la conducta sea contraria a la buena fe.
  - (iii) Que la conducta tenga finalidad concurrencial.
86. Con relación a la segunda característica, indispensable para que un acto pueda ser considerado como un acto de competencia desleal, se debe considerar que la contravención a la buena fe empresarial se debe entender en su concepción objetiva como la actuación conforme a un paradigma o modelo de conducta, que generalmente se describe como aquella que en un grupo social determinado se estima como una conducta recta<sup>(26)</sup>.
87. En ese sentido, la ilicitud de un comportamiento en el mercado por parte de un agente económico, que conlleva a su sanción como acto de competencia desleal, encuentra sus alcances en el concepto de “buena fe comercial objetiva”. Al respecto, los Lineamientos del OSIPTel establecen que debe entenderse por buena fe empresarial *“el logro de la preferencia de los usuarios por la eficiencia y los méritos propios, sin acudir o aprovecharse indebidamente de los méritos ajenos”*.
88. Asimismo, el OSIPTel ha señalado en anteriores pronunciamientos <sup>(27)</sup> que, para determinar si una conducta investigada se encuentra prohibida por la cláusula general, es necesario compararla con *“el comportamiento honesto, usual y proporcionado que debería tener un competidor en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones”*, considerada como la “conducta esperada”.
89. De manera similar, la SDC del INDECOPI también ha señalado que *“una conducta resultará sancionable como infracción a la cláusula general solo si representa una actuación obstruccionista en el mercado, es decir, si dificulta o entorpece indebidamente el normal desarrollo de las actividades que un empresario debe desplegar para satisfacer la demanda de los consumidores”* <sup>(28)</sup>, de manera que se afecte el interés general al imponer obstáculos a otros agentes económicos en la concurrencia en el mercado.
90. De esta forma, la LRCD sanciona aquellos actos desarrollados por los agentes económicos que estén destinados a captar consumidores y mejorar su posicionamiento en el mercado a través de medios distintos a su propia eficiencia económica y esfuerzo empresarial, generando un daño concurrencial ilícito.

<sup>26</sup> Ver los Lineamientos del OSIPTel, pág. 20.

<sup>27</sup> Ver: (i) Resolución N° 006-2008-CCO/OSIPTel de fecha 26 de noviembre de 2008, recaída bajo Expediente N° 002-20014-CCO-ST/CD, emitida en el marco del procedimiento iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A.; (ii) Resolución N° 014-2011-CCO/OSIPTel de fecha 16 de agosto de 2011, recaída bajo Expediente N° 001-2011-CCO-ST/CD-LC, emitida en el marco de la controversia entre Cable TV Maxuy S.A.C. y Televisión del Valle S.A.C.; y, (iii) Resolución N° 009-2015-CCO/OSIPTel de fecha 17 de noviembre de 2015, recaída bajo Expediente N° 006-2014-CCO-ST/CD, emitida en el marco de la controversia entre Instituto del Derecho Ordenador del Mercado contra Telefónica del Perú S.A.A.

<sup>28</sup> Ver: (i) Resolución N° 066-2020/SDC-INDECOPI de fecha 30 de junio de 2020, recaída en el Expediente N° 0153-2018/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Topsales Perú S.A.C. contra Planifica S.A.C.; (ii) Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI del 21 de febrero de 2013, recaída bajo Expediente N° 147-2011/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Directv Perú S.R.L.; y, (iii) Resolución N° 3542-2012/SDC-INDECOPI de fecha 21 de diciembre de 2012, recaída en el Expediente N° 052-2011/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Respaldo S.A.C. contra Presto Ya S.A.C. y otros.







91. En ese sentido, para poder afirmar que existen indicios razonables de la configuración de un acto de competencia desleal, sin entrar a un análisis exhaustivo del fondo, se debe apreciar que la conducta podría potencialmente ser contraria a las exigencias de la buena fe empresarial por recurrir a medios contrarios a propia eficiencia económica. *Contrario sensu*, si se aprecia a simple vista que la conducta denunciada no es contraria a exigencias de la buena fe empresarial, no se cumpliría con el requisito de procedencia referido a la existencia de indicios razonables del tipo infractor.
92. En el presente caso, el TSC coincide con la ST-CCO en el extremo en que TELEFÓNICA, al presentar su denuncia por la presunta comisión de actos de competencia desleal -por realizar contrataciones en la vía pública sin adoptar las medidas de seguridad exigidas por la regulación y establecer una política de premios para promover las ventas por dichos canales- lo hizo en ejercicio de un derecho legítimo como es el derecho acción o de interponer una denuncia, tal como se reconoce en el subcapítulo I del Capítulo II del Reglamento de Solución de controversias, así como en el artículo 116<sup>(29)</sup> del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG).
93. En esta línea, se aprecia a simple vista que los medios utilizados para cometer los actos que comprenden la presunta estrategia desleal denunciada no pueden considerarse ilícitos ni contrarios a la propia eficiencia económica, pues la finalidad del inicio de dichos procedimientos legales es el de proteger el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, lo que implica la tutela de todos los agentes que intervienen en el mercado, esto es, de los proveedores de bienes o servicios, de los consumidores y, por tanto, implica la protección del orden público económico, en general<sup>(30)</sup>.
94. En ese sentido, como bien señaló la ST-CCO, la interposición de una denuncia, la solicitud de una medida cautelar y la solicitud de inicio de un procedimiento preventivo responden a una conducta esperada de cualquier agente económico del mercado que advierte la probabilidad de la comisión de una infracción a las normas de la leal competencia. Al respecto, se debe tener en consideración que, en los casos de interposición de denuncia, es usual que sea un agente económico que compite en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones quien interponga la denuncia por la presunta comisión de infracciones a la libre y leal competencia, toda vez que son quienes participan en este y tienen mayores probabilidades de identificar estos actos, así como mayor interés en que estos sean reprimidos para restaurar el adecuado proceso competitivo.
95. BITEL indica que debe realizarse un análisis integral de la conducta considerando no solo el uso de estos procesos legales, sino toda la estrategia por la cual TELEFÓNICA acusa a BITEL cuando ella misma realizaba las conductas denunciadas y que permitió a TELEFÓNICA continuar utilizando sus aplicativos de

29

**DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

**Artículo 116.- Derecho a formular denuncias**

116.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento.

30

Ver: Exposición de Motivos de la LRCD, numeral 1 del acápite I.4., pág. 9.





ventas móviles mientras que BITEL se veía impedida por motivo de la medida cautelar interpuesta en su contra.

96. Previo a analizar este punto, se debe señalar que el TSC considera que lo que corresponde analizar no es la intencionalidad subjetiva <sup>(31)</sup> que tuvo TELEFÓNICA al presentar su denuncia, solicitar la medida cautelar o el inicio de un procedimiento preventivo en contra de BITEL, sino analizar si existen indicios razonables de que estos actos eran objetivamente contrarios a la buena fe comercial.
97. Al respecto, este Tribunal considera que la solicitud de inicio de los procesos legales no son actos que por sí mismos podrían considerarse contrarios a la buena fe empresarial, incluso si se lo considera en conjunto con la conducta de TELEFÓNICA de realizar las contrataciones en la vía pública sin los mecanismos de seguridad -conducta denunciada por TELEFÓNICA en otro procedimiento-, este Tribunal no considera que ello atribuya el carácter de contrario a la buena fe empresarial a la solicitud de inicio de estos procesos -base de la presunta estrategia desleal-, pues estos no tienen el efecto o finalidad de generar o permitir la alegada conducta ilícita por parte de TELEFÓNICA en el mercado.
98. Ahora bien, BITEL también menciona que, como consecuencia de haber requerido y logrado que se dicte una medida cautelar en contra de BITEL, TELEFÓNICA habría quedado en libertad para seguir utilizando sus propios aplicativos de ventas móviles, asegurándose así tener una situación privilegiada en el mercado.
99. Sobre este punto, en concordancia con lo anteriormente señalado, la solicitud del dictado de una medida cautelar está destinada a evitar la continuación de una conducta que afecta o puede afectar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Aún si se considerara que el dictado de dicha medida cautelar tuvo o pudo tener indirectamente un impacto positivo para TELEFÓNICA en el mercado, este no podría atribuir al acto de la solicitud de su dictado la apariencia de ilicitud o contrario a la buena fe, pues además este está sujeto a la evaluación de la autoridad administrativa sobre la concurrencia de requisitos como es el de la verosimilitud.
100. Mediante escrito del 12 de febrero de 2024, BITEL explicó más ampliamente cuál es el factor de conexión entre los actos denunciados para poder verla como estrategia desleal integral.
101. En ese sentido, indicó que la estrategia denunciada no se limita a las acciones legales implementadas por TELEFÓNICA para desviar la atención de la ST-CCO, sino que la deslealtad de la estrategia consistía en crear una apariencia de cumplimiento de la regulación, mientras desarrollaba estrategias veladas para eludir las prohibiciones de esa misma regulación.
102. En específico, señala que TELEFÓNICA aparenta cumplir con las normas sectoriales al dirigir la atención de la ST-CCO, a través de sus denuncias, a la supuesta adopción por parte de dicha empresa de medidas de seguridad, y al mismo tiempo señala en sus denuncias que otros operadores no han cumplido con adoptar esas medidas de seguridad. Según BITEL, con estas acciones logra que el foco de la atención de la autoridad se centre en los aplicativos de ventas como medio para incumplir la regulación y buscó paralizar las operaciones de BITEL

31

Se debe tener en consideración que el 7 de la LRCD establece que “La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización”.





impulsando una medida cautelar dirigida a prohibir el uso de su aplicación BITEL ventas.

103. En consecuencia, BITEL concluye que las acciones de TELEFÓNICA se encuentran conectadas entre sí porque (i) han sido ejecutadas en paralelo e incumpliendo con los requisitos establecidos para las modalidades de contratación que son distintas a las denunciadas por TELEFÓNICA respecto de BITEL, pero que (ii) tienen el mismo efecto: eludir la regulación sectorial para lograr realizar ventas en la vía pública, a donde conveniente TELEFÓNICA no ha dirigida la atención de la ST-CCO.
104. Añade que las acciones coinciden en el mismo periodo, pues tomaron lugar en un plazo de 4 meses, y también en el mismo ámbito geográfico, lo que también comprobaría el factor de conexión requerido conforme a criterios del TSC.
105. De lo expuesto, el TSC advierte que el principal factor de conexión alegado entre los actos denunciados es que el inicio de los procedimientos legales permitió a TELEFÓNICA desviar la atención de la ST-CCO y crear una apariencia de cumplimiento de la regulación -Condiciones de Uso-, mientras que eludía las prohibiciones de esa misma regulación -al realizar contrataciones en la vía pública sin las medidas de seguridad que afirmaba haber adoptado-.
106. Al respecto, a diferencia de lo alegado por BITEL, este Tribunal considera que el inicio de los procedimientos legales por parte de TELEFÓNICA no tiene el efecto de desviar la atención de la autoridad ni tiene la potencialidad de crear una apariencia de cumplimiento de la regulación, puesto que la interposición de denuncias implica únicamente el inicio de una investigación sobre la posible comisión de la infracción denunciada, mas no impide que el organismo regulador continúe ejerciendo sus funciones de supervisión y fiscalización sobre todos los agentes económicos que se encuentren bajo su ámbito de competencia, ni que omita o deje de investigar la comisión de infracciones, por más que en un procedimiento dicho agente económico afirme cumplir con la regulación.
107. Siendo así, y en línea con lo indicado anteriormente, no se advierte que el inicio de los procedimientos legales tenga pueda ser considerado como un comportamiento deshonesto del competidor, pues no le genera una apariencia favorable de cumplir con la regulación cuando el denunciante no lo hace, ni facilita la comisión de infracciones regulatorias ni eludir las prohibiciones de dicha regulación.
108. En ese sentido, no se advierte un factor de conexión que permita vincular el inicio de los procedimientos legales con la estrategia desleal de eludir la regulación sectorial, sino que se observa, por un lado, actos que tienen como finalidad proteger el orden público económico -las acciones legales de TELEFÓNICA, que están sujetas a la evaluación de la autoridad competente- y actos que podrían constituir una infracción regulatoria -el alegado incumplimiento de las Condiciones de Uso por contratar en la vía pública sin adoptar las medidas de seguridad-.
109. Como se ha expuesto, la solicitud de inicio de los procesos legales y el resultado que se obtenga de estos -a nivel de decisión de la autoridad- no pueden considerarse actos ilícitos ni deshonestos del competidor, en tanto su finalidad *per se* es la de proteger el orden público económico. Lo ilícito en la alegada estrategia leal es el alegado incumplimiento de las Condiciones de Uso; no obstante, esta no





es la infracción denunciada por BITEL, correspondiendo a una infracción regulatoria prevista en una norma distinta a la LRCD.

110. Además, tanto el inicio de estos procedimientos -el cual es siempre de oficio por la ST-CCO<sup>(32)</sup>- y el resultado de están sujetos al cumplimiento de determinadas exigencias legales (hallar la evidencia de indicios razonables, tomar una decisión con la debida motivación, etc.), más allá de la intencionalidad subjetiva de la denunciante de que la denuncia concluya con un resultado desfavorable para la denunciada y más allá de que la denunciante se encuentre o no cometiendo la misma infracción denunciada -pues el ejercicio del derecho de acción no valida ni favorece la comisión de dicha infracción, ni la comisión de la infracción por la denunciada tiene impacto en la investigación que se realice con motivo de la denuncia-.
111. En atención a lo expuesto, se debe resaltar que el hecho de que un acto tenga finalidad concurrencial, es decir, tenga trascendencia externa y la susceptibilidad para generar un posicionamiento en el mercado, no implica que *per se* sea una conducta ilícita o desleal, contraria a la propia eficiencia económica, sino que ello requiere un análisis independiente. En este caso, se advierte que, si bien la conducta denunciada tiene finalidad concurrencial, no se advierten indicios razonables de que se haya configurado el tipo infractor establecido en la cláusula general del artículo 6 de la LRCD, en tanto no se aprecia el uso medios ilícitos o contrarios a la buena fe empresarial.
112. Ahora bien, con relación a la figura de “abuso de procesos legales” también analizada por la ST-CCO, en atención a la conclusión arribada por este Tribunal en los considerandos anteriores, se parte de la idea de que estos actos sí tienen finalidad concurrencial, pues pueden tener un impacto en el proceso competitivo.
113. Los Lineamientos del INDECOPI contemplan como un supuesto de infracción a la leal competencia mediante la cláusula general el abuso de procesos legales, lo que implica *“la utilización indebida del derecho de acceso o petición, para iniciar procesos judiciales, procedimientos administrativos e inclusive arbitrales, con la finalidad de entorpecer la concurrencia en el mercado”*. Se precisa que *“en este tipo de casos se observa una manipulación del poder estatal mediante la utilización indebida de procesos judiciales o administrativos, los cuales se dan en atención a una estrategia en la cual una empresa formula diversas acciones que carecen de un fundamento objetivo, siendo en si destinados a entorpecer la actividad empresarial de un competidor, obstaculizando de esta forma su concurrencia en el mercado”*.<sup>(33)</sup>
114. Al respecto, este Tribunal considera un uso sistemático e indebido de procesos legales puede llegar a tener trascendencia externa en el mercado, al obstaculizar las operaciones o permanencia de su competidor en el mercado, no solo por los fundamentos expuestos en los considerandos previos, sino que, por ejemplo, al tienen la potencialidad de generar tales costos de defensa legal por el número de procesos iniciados que podrían llegar a hacer inviable derivar a su competidor los recursos necesarios para mantener o mejorar sus operaciones.

<sup>32</sup> Los procedimientos administrativos sancionadores se inician de oficio por la ST-CCO, independientemente si se presentó o no una denuncia, de conformidad con el artículo 80 del Reglamento de Solución de Controversias y el artículo 255 del TUO de la LPAG.

<sup>33</sup> Lineamientos del INDECOPI, pág. 8.







115. En ese sentido, quedando establecido que esta conducta tiene finalidad concurrencial, a fin de determinar si la conducta puede calzar en esta figura, cabe evaluar si hay indicios razonables de su configuración.
116. Al respecto, basándose en la jurisprudencia de la SDC del INDECOPI<sup>34</sup>, la ST-CCO consideró tres requisitos para su configuración:
- (i) El inicio de procesos ante autoridades judiciales y planteamiento de solicitudes ante autoridades administrativas, bajo un patrón sistemático e injustificado, lo cual se evidencia si se está ante variedad de procesos y/o procedimientos iniciados por diversas motivaciones.
  - (ii) El inicio de los procesos y/o procedimientos no responde a la existencia de un fundamento objetivo o causa probable, esto es, una expectativa razonable de triunfo que sustente la pretensión o pretensiones del solicitante.
  - (iii) La tramitación de los diversos procedimientos y/o procesos judiciales está dirigida a entorpecer la actividad comercial de sus competidores, obstaculizando de esta forma su concurrencia en el mercado.
117. Sobre el particular, la SDC del INDECOPI ha establecido como criterios que permiten identificar una práctica de abuso de procesos legales los siguientes<sup>35</sup>:
- “(i) el litigante o peticionante, de acuerdo con el contexto en que se inserta, **tiene plena conciencia de que su pretensión o solicitud administrativa será rechazada in limine o que carece completamente de fundamento objetivo y probabilidades de éxito;***  
y,
- (ii) se identifican suficientes elementos de prueba que permiten acreditar que un proceso legal fue guiado por el fraude y la corrupción”** (Énfasis agregado)*
118. En este caso, la estrategia desleal denunciada consiste en tres actos, todos derivados o relacionados a un mismo procedimiento administrativo sancionador, los cuales marcaron el análisis de la ST-CCO en la Resolución Impugnada:
- (i) La denuncia presentada por TELEFÓNICA contra BITEL, tramitada bajo el Expediente N° 004-2023-CCP-ST/CD.
  - (ii) La medida cautelar dictada en el marco del Expediente N° 004-2023-CCP-ST/CD.
  - (iii) El procedimiento preventivo iniciado con sustento en la medida cautelar dictada en el marco del Expediente N° 004-2023-CCP-ST/CD.
119. En ese sentido, se puede afirmar que los actos de TELEFÓNICA no han seguido un patrón sistemático, puesto que se derivan o relacionan con un mismo procedimiento administrativo sancionador (Expediente N° 004-2023-CCP-ST/CD).

<sup>34</sup> Resolución N° 039-2021/SDC-INDECOPI, de fecha 9 de marzo de 2021, recaída en el Expediente N° 243-2018/CCD.

<sup>35</sup> Resolución N° 1351-2011/SC1-INDECOPI.





120. Asimismo, tampoco es posible afirmar que los actos de TELEFÓNICA no responden a la existencia de un fundamento objetivo o causa probable y/o que TELEFÓNICA, al presentar la denuncia, tenía plena consciencia que la solicitud será rechazada *in limine*, para lo cual basta con dar cuenta de la sola decisión de la ST-CCO, quien, consideró que existían indicios razonables para el inicio del procedimiento administrativo sancionador y a criterio del CCP se cumplía el requisito de verosimilitud necesario para el dictado de la medida cautelar.
121. En cuanto a las medidas preventivas solicitadas a la PNP, esta autoridad también actuó de acuerdo con sus facultades y teniendo como base a la medida cautelar que se encontraba vigente en ese momento.
122. Siendo así, TELEFÓNICA estaba haciendo un ejercicio legítimo del derecho de acción que le asiste la normativa. Ello denota claramente que no existió un **abuso** del uso de estos procesos legales y, por tanto, no existieron actos contrarios a la buena fe comercial.
123. Sobre este punto, para la verificación de un supuesto de abuso de procesos legales lo relevante es determinar si los medios utilizados son lícitos, es decir, si fueron o no interpuestos en ejercicio legítimo de los derechos de acción y/o petición<sup>(36)</sup>, lo que desvirtuaría que estos sean contrarios a la leal competencia. En particular, Enrique Cavero Safrá señala lo siguiente:
- “Si de dicho análisis resulta que **los procesos judiciales han sido interpuestos en el ejercicio legítimo de los derechos de acción y/o petición, por definición no puede sostenerse que, al mismo tiempo, constituyan una práctica anticompetitiva, independientemente de su intencionalidad.** Debe tratarse de situaciones en las que se ha producido un abuso del derecho, no un ejercicio legítimo. Y, si bien la determinación del abuso depende de su finalidad ilícita (la utilización en contra de los fines sociales o económicos que le son inherentes a su institución) dicha finalidad ilícita no puede identificarse con finalidades que son, por el contrario, no solamente lícitas, sino además connaturales tanto al régimen de competencia como al estado de derecho, como son buscar la tutela jurisdiccional y/o causar daño concurrencial a los competidores.”*<sup>(37)</sup> (Énfasis agregado)
124. Al respecto, este Tribunal coincide con que el hecho de verificarse que la denunciante se encontraba haciendo ejercicio legítimo de su derecho acción y/o petición, lo que determina la finalidad lícita de sus actos, concordantes con la tutela del orden público económico, no siendo posible afirmar que a su vez pudiera tener una finalidad ilícita en base a la intencionalidad del denunciante.
125. Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal considera que, si bien los actos denunciados cuentan con finalidad concurrencial, no se ha verificado la existencia de indicios razonables de la configuración de un acto contrario a la buena fe empresarial, como requisito de la LRCD para la procedencia de una denuncia de actos de competencia desleal, al haberse verificado la utilización de medios lícitos, por lo que corresponde declarar la improcedencia de la denuncia.

<sup>36</sup> Enrique Cavero Safrá. “Usted abusó” El abuso de Procesos Legales frente a los derechos de acción y petición, pág. 265. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13694>

<sup>37</sup> Ibid.





#### 4.3 DETERMINAR SI CORRESPONDE ENCAUZAR LA DENUNCIA PRESENTADA POR BITEL

126. En su recurso de apelación, BITEL señaló que en el supuesto negado en el que se admitiese que los actos de TELEFÓNICA relativos al inicio de casos y a la solicitud cautelar no tuvieron finalidad concurrencial, correspondía que la ST-CCO, en cumplimiento de sus funciones, reencauzase la denuncia bajo el tipo infractor que hubiera considera adecuado para iniciar un procedimiento administrativo sancionador; sin embargo, por el contrario, no hizo ningún requerimiento ni realizó investigaciones sobre las conductas denunciadas.
127. Por ello, solicita que aun si este Tribunal considera que las estrategias denunciadas no tienen el carácter de concurrencial, se considere el encauzamiento respecto a las infracciones a las Condiciones de Uso y la desnaturalización de las modalidades autorizadas por OSIPTEL para obtener una ventaja competitiva en el mercado, para que sean investigados.
128. Sobre el encauzamiento, el numeral 3 del artículo 86 del TUO de la LPAG establece como un deber de la autoridad administrativa el *“Encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos”*.
129. Este deber tiene relación directa con el principio de impulso de oficio que rige el procedimiento administrativo, por el cual, como señala Guzmán Napurí, la autoridad competente *“debe promover toda actuación que fuese necesaria para la tramitación del procedimiento, superar cualquier obstáculo que se oponga a la regular tramitación del procedimiento, determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal, así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas necesarias para eliminar cualquier irregularidad producida”*<sup>(38)</sup>.
130. Al respecto, como se desprende del TUO de la LPAG y de la doctrina, la autoridad administrativa, en efecto, tiene el deber de encauzar el procedimiento cuando, por ejemplo, el administrado hubiera presentado una denuncia por una conducta invocando un tipo infractor equivocado, es decir, un tipo infractor en el cual no calza la conducta denunciada, pero la autoridad advierte que sí calza en otro tipo infractor previsto en la norma, por lo que tiene el deber de encauzar el procedimiento bajo el tipo infractor correcto a fin de continuar con el mismo para garantizar la tutela del interés público.
131. Ahora bien, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil señala que el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocada por las partes, pero que, este no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos a los alegados por las partes. Así también, el Tribunal Constitucional ha señalado que el presente principio se refiere a la invocación o no invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por las partes dentro de un proceso <sup>(39)</sup>. De acuerdo con dicho principio,

<sup>38</sup> Guzmán Napurí, Christian. *Procedimiento Administrativo General. Tomo II*. Lima: Instituto Pacífico, S.A.C., 2020. Pág. 252.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 0569-2003-AC/TC.





el juez puede alterar el fundamento jurídico de la pretensión de la parte, pero no puede alterar la naturaleza ni la articulación de la pretensión misma <sup>(40)</sup>.

132. Como ya señaló este Tribunal anteriormente <sup>(41)</sup>, el juez (o juez administrativo) podrá alterar el fundamento jurídico de la pretensión de la parte; pero no puede alterar la naturaleza ni la articulación de la pretensión misma, esto es, no se permite a la autoridad enmendarle al administrado su pretensión y aplicar un derecho nuevo, o como indica autorizada doctrina española <sup>(42)</sup>, la aplicación de este principio no debe ir en contra de lo requerido (pretensión) ni del sustento de lo peticionado (causa de pedir).
133. En el caso concreto, esto implica que la autoridad administrativa podría encauzar el procedimiento en cuanto a aplicar el tipo infractor correcto o modificar la fundamentación jurídica, más no puede variar los hechos denunciados ni la pretensión, esto es, que se sancione una conducta que infringe la normativa de competencia desleal.
134. Asimismo, se debe considerar que el encauzamiento en un procedimiento administrativo sancionador por la presunta comisión de conductas desleales hacia otro tipo infractor -el tipo infractor adecuado- presupone de igual manera que se hubiera identificado una conducta que cumpla con los requisitos necesarios para encontrarse bajo el ámbito de aplicación de la LRCD, es decir, una conducta que cuente con indicios razonables de haber sido realizada de manera ilícita o contraria a la buena fe empresarial. En ese sentido, no se trata de un error de la denunciante en la aplicación de la norma, sino de la falta del requisito necesario para la aplicación de esta.
135. Así, inclusive, la ST-CCO procedió a evaluar la figura de abuso de procesos legales, concluyendo que los actos denunciados no calzaban en la misma, por lo que no era posible reencauzar el procedimiento bajo esta figura susceptible de analizarse bajo la cláusula general de la LRCD.
136. BITEL señala que la ST-CCO debió encauzar la denuncia las infracciones a las Condiciones de Uso y la desnaturalización de las modalidades autorizadas por OSIPTEL para obtener una ventaja competitiva en el mercado. Al respecto, se debe señalar que, sin perjuicio de que los procedimientos se inician de oficio, al presentarse una denuncia, la investigación se ve delimitada en función de los actos denunciados, siendo que, en principio, las infracciones mencionadas no forman parte de la denuncia presentada por BITEL, por lo que el reencauzamiento solicitado hubiera requerido reformular completamente la conducta denunciada, cuando este deber debería circunscribirse principalmente a determinar el tipo infractor correcto para la conducta descrita o a modificar la fundamentación jurídica.
137. Ahora bien, la ST-CCO sí tomó en consideración las alegadas infracciones a las Condiciones de Uso, indicando que tomaría en cuenta la información aportada por BITEL en dicho extremo a efectos de, de ser el caso, iniciar la investigación

<sup>40</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan Alejandro (2015). Introducción al Derecho Privado. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Lima: Editora Pacífico.

<sup>41</sup> Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 00016-2023-TSC-OSIPTEL.

<sup>42</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1982). Sistema de derecho civil (4° Edición, vol. I). Madrid: Tecnos.







correspondiente, mas no consideró que esta pudiera utilizarse como sustento para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por la comisión de una conducta desleal.

138. Asimismo, si bien no corresponde en este procedimiento comparar las conductas denunciadas y admitidas o no a trámite en este procedimiento y en otro procedimiento administrativo sancionador en trámite, cabe señalar que tanto las conductas denunciadas como los indicios hallados por la autoridad en base a la información presentada por la denunciante en cada caso tienen variaciones, por lo que no puede afirmarse *per se* que ambas debían tener un mismo resultado.
139. Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal considera que la ST-CCO no tenía el sustento necesario para reencauzar la denuncia por actos de competencia desleal, por lo que desestima el recurso de apelación en este extremo.
140. Finalmente, este Tribunal considera que en tanto los medios probatorios estarían orientados a probar la venta en la vía pública de líneas móviles sin contar con las medidas de seguridad exigidas por las Condiciones de uso por parte de TELEFONICA, deberán remitirse los actuados a la Dirección de Fiscalización e Instrucción del OSIPTEL, para los fines que correspondan.

#### HA RESUELTO:

**PRIMERO.** – Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por **VIETTEL PERÚ S.A.C.** contra la Resolución N° 00059-2023-STCCO/OSIPTEL emitida por la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados con fecha 24 de noviembre de 2023; y en consecuencia:

- (i) DESESTIMAR la solicitud de revocar la Resolución N° 00059-2023-STCCO/OSIPTEL, formulada por VIETTEL PERÚ S.A.C., de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.
- (ii) CONFIRMAR el artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución N° 00059-2023-STCCO/OSIPTEL que dispuso declarar IMPROCEDENTE la denuncia presentada por VIETTEL PERÚ S.A.C. contra TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de violación a la cláusula general, infracción tipificada en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1044, modificando los fundamentos en atención a lo expuesto en la presente resolución.

**SEGUNDO.** – Notificar la presente resolución a **VIETTEL PERÚ S.A.C.**

**TERCERO.** – ENCARGAR a la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias que remita los actuados en el presente expediente a la Dirección de Fiscalización e Instrucción del OSIPTEL, para los fines que correspondan.





Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones



## REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE. –

**Con el voto favorable de los señores vocales Milagritos Pilar Pastor Paredes, Rafael Alejandro Vera Tudela Wither y Richard Mark Sin Porlles. Con el voto en discordia del señor Eduardo Robert Melgar Córdova en la Sesión N° 578 de fecha 23 de febrero de 2024.**

Firmado digitalmente por:  
MELGAR CORDOVA  
Eduardo Robert FAU  
20216072155 soft

EDUARDO ROBERT MELGAR CORDOVA  
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN  
DE CONTROVERSIAS  
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE  
CONTROVERSIAS

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de  
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados  
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento  
y la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:  
<https://apps.firmaperu.gob.pe/webvalidador.xhtml>





Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones



Firmado digitalmente por:  
MELGAR CORDOVA EDUARDO  
ROBERT FIR 10457873 hard  
Motivo: Soy el autor del  
documento  
Fecha: 01/03/2024 12:16:14-0500

***El voto en discordia del señor Eduardo Robert Melgar Córdova, presidente del Tribunal de Solución de Controversias, es el siguiente:***

1. Como fuera expresado al momento de fundamentar mi voto en discordia durante la Sesión N° 578 de fecha 23 de febrero de 2024, en la Resolución del voto en mayoría se señala que la ST-CCO está facultada para declarar la improcedencia de una denuncia cuando no se verifique la existencia de indicios razonables de alguna infracción administrativa tipificada en la LRCD, conforme lo establece el artículo 31 <sup>(1)</sup> de la LRCD; considerando para tal efecto que la verificación de la existencia de indicios razonables constituye una causal de improcedencia que se desprende del artículo 128 del Código Procesal Civil en su calidad de norma supletoria conforme la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de Solución de Controversias.
2. No obstante, a diferencia de lo señalado por el voto en mayoría, el suscrito considera que no corresponde invocar el carácter supletorio del Código Procesal Civil en aplicación de la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de Solución de Controversias, en razón que el numeral (iii) del artículo 83 del Reglamento de Solución de Controversias efectúa una remisión expresa al Código Procesal Civil, de lo que se desprende que no se requiere invocar carácter supletorio alguno para su aplicación. En efecto, el referido numeral (iii) dispone que la ST-CCO puede declarar la improcedencia de la denuncia cuando se verifique la existencia de una “causal de improcedencia establecida en el Código Procesal Civil para el caso de las demandas”, esto es, únicamente cuando se verifique una causal de improcedencia establecida como tal, de modo expreso, en el Código Procesal Civil.
3. Nótese que la referencia al Código Procesal Civil que efectúa el numeral (iii) del artículo 83 del Reglamento de Solución de Controversias no es genérica o indeterminada, sino está acotada a la existencia de causales de improcedencia expresamente establecidas como tales en el Código Procesal Civil. Ello no ocurre con el artículo 128 <sup>(2)</sup> del Código Procesal Civil referido en el voto en mayoría para sustentar que la ST-CCO se encuentra facultada para declarar la improcedencia de una denuncia cuando no se verifique la existencia de indicios razonables de alguna infracción administrativa tipificada en la LRCD, supuesto último establecido en el artículo 31 de la LRCD.
4. Adviértase que, por un lado no corresponde invocar el carácter supletorio de la aplicación del Código Procesal Civil en virtud de la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de Solución de Controversias, habida cuenta de que dicha posibilidad ha sido contemplada de modo expreso en el numeral (iii) del artículo 83 del Reglamento de Solución de Controversias; y, por otro, que el referido artículo 128 del Código Procesal Civil no contempla causales de improcedencia, limitándose a señalar de modo genérico que procede declarar

<sup>1</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE COMPETENCIA DESLEAL**  
**Artículo 31.- Resolución de inicio del procedimiento**  
31.1.- La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI -, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.

<sup>2</sup> **RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**  
**Artículo 128.-** El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.

la inadmisibilidad cuando un acto procesal carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente, en tanto que corresponderá declarar la improcedencia ante la omisión o defecto de un requisito de fondo.

5. A diferencia de lo señalado respecto del artículo 128 del Código Procesal Civil, invocado en el voto en mayoría; para quien suscribe este voto, el artículo 427 de dicho cuerpo normativo -aplicable en virtud de la remisión expresa contemplada en el numeral (iii) del artículo 83 del Reglamento de Solución de Controversias- si establece de modo taxativo causales de improcedencia, conforme se muestra a continuación:

“Artículo 427.- El Juez declara improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; o
5. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible.

Si el Juez estima que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos. Si el defecto se refiere a alguna de las pretensiones, la declaración de improcedencia se limita a aquellas que adolezcan del defecto advertido por el Juez.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pone en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.”

6. Por las razones antes señaladas, el supuesto de improcedencia contemplado en el numeral (iii) del artículo 83 del Reglamento de Solución de Controversias debe leerse de manera concordada con las causales establecidas de modo expreso en el artículo 128 del Código Procesal Civil; dentro de la cual no se verifica que se encuentre comprendido como causal de improcedencia expresa el supuesto contemplado en el artículo 31 de la LRCD referido a la existencia de indicios razonables de alguna infracción administrativa tipificada en la LRCD.
7. En ese orden de ideas ¿cómo debe entenderse el supuesto contemplado en el artículo 31 de la LRCD? A criterio del suscrito, la existencia de indicios razonables de una infracción administrativa tipificada en la LRCD constituye una causal de improcedencia que se desprende de la lectura de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 427 del Código Procesal Civil, lo que se efectúa en virtud de la remisión normativa expresa establecida en el numeral (iii) del artículo 83 del Reglamento de Solución de Controversias. De acuerdo con ello, la declaración de improcedencia por la causal de inexistencia de indicios razonables de una infracción administrativa tipificada en la LRCD requiere de la verificación de la existencia de una conexión lógica entre los hechos y el petitorio.
8. Por tanto, dado que se trata de un supuesto de rechazo liminar de la denuncia, la evaluación de la existencia de indicios razonables de alguna infracción administrativa tipificada en la LRCD consiste -a criterio de quien suscribe- en verificar la existencia de una relación coherente (conexión lógica) entre la base fáctica (los hechos denunciados) y el petitorio (lo que se pretende), habida cuenta de que son los hechos (asidero fáctico) los van a demostrar que se ha producido la infracción administrativa denunciada (lo pretendido).





9. En el presente caso, se trata de una denuncia interpuesta por BITEL contra TELEFÓNICA por una serie de actos que, en conjunto, conformarían una estrategia contraria a la buena fe empresarial, con el fin de obstaculizar y/o paralizar sus operaciones de en el mercado, los que son reputados por la denunciante como contrarios a la buena fe empresarial, configurándose el supuesto de la cláusula general establecida en el artículo 6 de la LRCD.
10. Conforme a lo señalado precedentemente, en la etapa postulatoria debe verificarse la existencia de una conexión lógica entre el petitorio de BITEL (pretensión de que se sancione a TELEFÓNICA por la comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de la cláusula general, infracción tipificada en el artículo 6 de la LRCD) y los hechos que sustentan su denuncia (los que deben cumplir las características para que los actos señalados en la pretensión califiquen como desleal).
11. En este punto, por las razones antes expresadas, quien suscribe, no concuerda con lo señalado por el voto en mayoría en el sentido de que “No es un hecho controvertido que en el presente caso se cumplen con los requisitos tipificados en el Reglamento de Solución de Controversias. Lo controvertido es el cumplimiento del requisito de la LRCD referido a la existencia de indicios razonables de la infracción (...)”.
12. Como se ha señalado, el requisito del artículo 31 de la LRCD constituye una causal de improcedencia contemplada en el numeral 4 del artículo 427 del Código Procesal Civil, en virtud de la remisión normativa establecida en el numeral (iii) del artículo 83 del Reglamento de Solución de Controversias. Por lo que, a mi criterio, si constituye un hecho controvertido determinar si, en el presente caso, se cumplen con los requisitos tipificados en el Reglamento de Solución de Controversias, no pudiendo disociarse a estos efectos la evaluación del supuesto contemplado en el artículo 31 de la LRCD.
13. Dicho lo anterior, concordando con el voto en mayoría en el análisis del carácter concurrencial de los actos que conflagrarían la estrategia desleal denunciada por BITEL, discrepo de la evaluación que se realiza respecto del subnumeral 2) del numera 5 de los Lineamientos del OSIPTEL referido a la segunda característica para que una conducta califique como desleal, referida a que la conducta sea contraria a la buena fe, en particular respecto al parámetro de cuál es la “conducta esperada”.
14. Sobre el particular, quien suscribe, discrepa de la evaluación que realiza la ST-CCO y ratificada por el voto en mayoría, respecto del parámetro de cuál es la “conducta esperada”, debido a que la ST-CCO efectúa una evaluación de las conductas, individualmente consideradas (inicio del procedimiento sancionador vía encauzamiento por la ST-CCO, dictado de oficio de la medida cautelar por el CCP e inicio de procedimiento preventivo de actuaciones delictivas por la PNP y el Ministerio Público), añadiendo que se trataría de actuaciones ejecutadas por TELEFÓNICA en ejercicio legítimo de su derecho de petición administrativa y acción judicial; además del hecho de que los efectos de dichos actos no se encontraron supeditados a la determinación de voluntad de TELEFÓNICA, en su calidad de denunciada, sino de la evaluación realizada por la autoridad administrativa o jurisdiccional correspondiente.

15. A criterio de quien emite este voto, la evaluación de la “conducta esperada” en el caso de un conjunto de actos planteados como parte de una estrategia contraria a la buena fe empresarial no puede ser determinada a partir de la evaluación de los actos conformantes de la supuesta conducta desleal denunciada, pues se corre riesgo de obviar en la evaluación conexiones importantes entre los indicios presentados que solo surgen de un análisis en conjunto. A modo ilustrativo, una puerta no violentada es un indicio que por sí mismo, individualmente considerado, no revela nada; pero puede adquirir relevancia cuando se analiza en conjunto con otros indicios, por ejemplo, para demostrar que el agresor conocía a la víctima (donde una puerta no violentada adquiere una relevancia mayor).
16. Así, el hecho de que el inicio del procedimiento sancionador, el dictado de oficio de la medida cautelar y el inicio de procedimiento preventivo de actuaciones delictivas hayan sido efectuados de propia iniciativa o de oficio por la autoridad competente; no desvirtúa el hecho de que, en conjunto, puedan formar parte de una estrategia desleal compleja de una empresa operadora frente a otra, que comprenda (pero no se limite) a las denuncias y mecanismos procesales, policiales y judiciales incoados por un competidor frente a otro, afectando el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.
17. En ese sentido la Exposición de Motivos de la LRCD señala al comentar la etapa de postulación, con especial atención al requisito mínimo de la denuncia de presentar indicios razonables de la presunta infracción, contemplado en el artículo 29 de la LRCD que “(...) Si bien en ejercicio de su derecho de petición administrativa, los administrados pueden formular denuncias y efectuar pedidos ante la autoridad, los agentes económicos investigados tienen derecho a que las denuncias en su contra tengan asidero fáctico y jurídico, de manera que no enfrente indebidamente un procedimiento sancionador con las cargas que ello implica. Por tanto, la exigencia de (...) presentar indicios razonables de la presunta infracción apunta a evitar la proliferación de denuncias que no contengan bagaje probatorio alguno.”
18. Téngase en cuenta, además, que, conforme al artículo 30 de la LRCD, presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de actos de competencia desleal, la ST-CCO puede realizar actuaciones previas con el fin de reunir información y/o identificar indicios razonables de la existencia de actos de competencia desleal; de lo que se concluye de que el contar con indicios razonables no es una actuación que corresponda en exclusiva al denunciante, sino que también puede ser efectuada por el órgano instructor, de cara al deber de evidenciar cualquier acto o estrategia contraria a la buena fe empresarial que afecte o pueda afectar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.
19. Considerando lo anterior, como se ha señalado antes, se tiene que en la etapa postulatoria, debe verificarse la existencia de una conexión lógica entre el petitorio y los hechos que sustentan la denuncia, para lo cual el denunciante debe aportar indicios razonables que garanticen que la incoación de procedimientos administrativo sancionadores que no se sustenten en algún contenido probatorio mínimo razonable de cara a su admisión, habida cuenta de que una denuncia no puede sustentarse en meros dichos por parte del denunciado.
20. En el presente caso, a criterio de quien suscribe, si bien existe claridad respecto de cuál es el petitorio (pretensión de que se sancione a TELEFÓNICA por la comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de la



cláusula general, infracción tipificada en el artículo 6 de la LRCD), no se evidencia que se hayan tomado en cuenta todos los hechos que sustentan la denuncia de BITEL, así como la conexión de tales hechos con el petitorio.

21. Es decir, no se aprecia que en la evaluación de la razonabilidad de los indicios presentados por el denunciante la ST-CCO -y el voto en mayoría que ratifica dicho pronunciamiento- haya contemplado el conjunto de actos que forman parte de la supuesta estrategia desleal denunciada por BITEL, sobre todo al momento en que se determina el modelo de “conducta esperada” respecto de la supuesta estrategia desleal denunciada, lo que de por sí constituye un estándar elevado frente a la mera verificación de que no se trate de meros dichos por parte del denunciado.
22. Para quien suscribe, el modelo de “conducta esperada” para el presente caso, y con carácter general, consiste en no imponer obstáculos a un competidor por medio de una serie de actos que, de modo aislado podrían no resultar contrarios a lo que se considera como una conducta recta, pero que contemplados en conjunto, como parte de una única estrategia desleal, podría permitir a un operador afectar a otro y/o generarse ventajas en el mercado, lo que no hubiera sido posible de haberse conducido acorde a la buena fe.
23. Acorde a ello, en el escrito presentado por BITEL para mejor resolver se destaca la existencia de un paralelismo entre los actos que componen la supuesta estrategia desleal denunciada, los que ocurrieron en el plazo de cuatro (4) meses, además de haber coincidencia en cuanto al ámbito geográfico. Al respecto, si bien individualmente considerados, los actos realizados por TELEFÓNICA podrían estimarse como acordes al modelo de “conducta esperada” que delinea la ST-CCO -y confirma el voto en mayoría-; en mi opinión, la confluencia de paralelismo, secuencialidad y coincidencia en el ámbito geográfico del conjuntos de actos denunciados (que no solo se limita a lo ocurrido con BITEL sino abarca, incluso, a lo ocurrido respecto de otros operadores móviles), considerados en conjunto y en el contexto en el que ocurrieron, sustentan una conexión lógica entre los hechos y el petitorio, constituyendo indicios de una presunta práctica desleal que debió ser evaluada a mayor profundidad por el órgano instructor.
24. En el caso en particular, la declaración de improcedencia no permite verificar si los actos denunciados afectan o no el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, esto es, el orden público económico, más allá del menoscabo real o potencial que por dichos actos haya podido sufrir el operador denunciante, por lo que debió admitirse a trámite la presente denuncia o actuar conforme lo dispuesto en el artículo 30 de la LRCD. Dado que no correspondía declarar como improcedente la denuncia presentada por BITEL, la ST-CCO debió evaluar, además, la solicitud de acumulación del presente procedimiento al Expediente N° 004-2023-CCP-ST/CD.