	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 1 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	




Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados

Controversia entre el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado y Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 006-2014-CCO-ST/CD) Informe Instructivo

Informe Nº 010-STCCO/2015


Lima, 02 de setiembre de 2015




	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 2 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

ÍNDICE DE CONTENIDO

I. OBJETO	4
II. EMPRESAS INVOLUCRADAS.....	4
III. ANTECEDENTES.....	4
IV. PRETENSIONES ADMITIDAS.....	6
V. ALCANCE DEL INFORME INSTRUCTIVO	7
VI. POSICIONES DE LAS PARTES.....	7
6.1. Posición de IDOM	7
6.2. Posición de TELEFÓNICA.....	8
VII. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA STCCO	13
7.1. Requerimiento de información a la Dirección de Signos Distintivos del INDECOPI...13	
7.2. Requerimientos de información a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI.....	14
7.3. Requerimientos de información a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTTEL	14
7.4. Requerimiento de información a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTTEL	15
7.5. Requerimientos de información a TELEFÓNICA.....	16
VIII. CUESTIONES PREVIAS.....	22
8.1. Sobre la conducta procedimental de TELEFÓNICA durante la tramitación de la presente controversia	22
8.2. Sobre la supuesta nulidad del procedimiento por una contravención al principio de legalidad.....	31
8.3. Sobre la supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias.....	36
IX. MARCO LEGAL	40
9.1. Los actos de competencia desleal en la modalidad de cláusula general. Normativa y criterios aplicables.	40
9.2. Los límites a la libertad de empresa y regulación.....	44
X. LOS OMV EN EL MERCADO DE SERVICIOS PÚBLICOS MÓVILES	47
10.1. Definición de OMV	47
10.2. Tipos de OMV.....	48
10.3. Estrategias de los OMV.....	50
10.4. Experiencia internacional: efectos de la entrada de OMV en los mercados móviles.....	52
10.4.1. Efectos de la entrada de los OMV en España	52
10.4.2. Efectos de la entrada de los OMV en Francia.....	57
10.4.3. Efectos de la entrada de los OMV en América Latina	58

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 3 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

10.5.	Respuesta de los OMR a la entrada de los OMV	64
10.5.1.	Respuesta de los OMR a la entrada de los OMV en España	65
10.5.2.	Respuesta de los OMR a la entrada de los OMV en Francia.....	69
10.5.3.	Respuesta de los OMR a la entrada de los OMV en América Latina	69
10.6.	Normativa, jurisprudencia y legislación comparada.....	71
10.6.1.	Legislación comparada	80
XI.	ANÁLISIS DEL MERCADO DE SERVICIOS PÚBLICOS MÓVILES PERUANO	87
11.1.	El mercado de servicios móviles con anterioridad al lanzamiento de “Tuenti”.....	87
11.2.	Dinámica competitiva del mercado de servicios móviles en el Perú.....	90
11.3.	La estrategia de “Tuenti” en el Perú	96
11.3.1.	Tuenti Technologies S.L. como operador móvil global.....	96
11.3.2.	.. “Tuenti” en el Perú.....	98
XII.	ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA	99
XIII.	POSIBLES IMPLICANCIAS DEL INGRESO DE “TUENTI” AL MERCADO MÓVIL PERUANO	113
13.1.	Análisis de la oferta comercial de “Tuenti” y su impacto en la oferta de los competidores.....	114
13.2.	Resultados de la marca “Tuenti” en el mercado móvil prepago peruano.....	115
XIV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN	124

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 4 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

I. OBJETO

El presente informe instructivo tiene por objeto poner en conocimiento del Cuerpo Colegiado (en adelante, CCO), el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO), en su calidad de órgano instructor del procedimiento sancionador seguido por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado (en lo sucesivo, IDOM) contra Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), por la presunta comisión de actos de competencia desleal en el mercado de servicios públicos móviles peruano.

Para el referido análisis se han tomado en consideración los documentos y medios probatorios que obran en el expediente.

II. EMPRESAS INVOLUCRADAS

Denunciante

IDOM, es una asociación inscrita en el Registro de Personas Jurídicas con Partida Nº 12168182, que se encuentra dedicada a la educación, orientación, información, defensa y representación de los consumidores y usuarios, así como a velar por el correcto funcionamiento del mercado y su desarrollo en un ambiente de libre y leal competencia, entre otros objetivos detallados en su estatuto.

Denunciado

TELEFÓNICA, es una empresa privada titular de la concesión única para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio nacional aprobada mediante Resolución Ministerial Nº 616-2013-MTC/03, en la cual se estableció como primer servicio a prestar, el Servicio Público de Comunicaciones Personales (PCS)¹.


III. ANTECEDENTES

1. Con fecha 13 de noviembre de 2014, IDOM denunció a TELEFÓNICA por la presunta comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, solicitando las siguientes pretensiones:

(i) Pretensión principal


Se declare que TELEFÓNICA ha cometido actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, vulnerando con ello lo establecido por el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante Decreto Legislativo Nº 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal). Asimismo, solicitó que se dicten las medidas cautelares necesarias para el cese del acto denunciado.

¹ Mediante Resolución Viceministerial Nº 461-2014-MTC/03, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de julio de 2014, se aprobó la transferencia de las concesiones de titularidad de la empresa Telefónica Móviles S.A. -que incluye a la Resolución Ministerial Nº 616-2013-MTC/03-, y la transferencia de las asignaciones de espectro radioeléctrico asociados a dichas concesiones, a favor de la empresa TELEFÓNICA. En ese sentido, desde el 01 de octubre de 2014, fecha en que entró en vigencia la fusión por absorción, todas las obligaciones y derechos de Telefónica Móviles S.A. respecto a las concesiones que eran de su titularidad fueron asumidas por TELEFÓNICA.

	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2015 Página 5 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

(ii) Pretensiones accesorias

- Se sancione a TELEFÓNICA, por la comisión de actos de competencia desleal que son materia de la denuncia.
 - Una vez agotada la vía administrativa y previo acuerdo del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, se delegue a la denunciante, la posibilidad de promover un proceso de defensa de intereses colectivos de los consumidores afectados con la conducta denunciada.
 - Se disponga la devolución de los costos y costas.
2. Mediante Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 27 de noviembre de 2014, el CCO declaró inadmisibile la denuncia presentada por IDOM, debido a que de conformidad con lo señalado en los artículos 43° y 69° del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias), para la admisión de la denuncia, resultaba necesario que quien la suscribe, el señor Paul H. Castro García (en adelante, el señor Castro), acreditase contar con las facultades de representación legal suficientes. En tal sentido, el CCO le otorgó a IDOM un plazo de cinco (05) días hábiles para subsanar el defecto advertido.
 3. En atención al requerimiento formulado, mediante escrito N° 02 recibido el 03 de diciembre de 2014, IDOM presentó copia de la Partida N° 12168182 del Registro de Personas Jurídicas, que acredita que el señor Castro es presidente y representante de IDOM.
 4. Mediante Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 05 de diciembre de 2014, el CCO resolvió lo siguiente: i) dar por subsanada la denuncia interpuesta por IDOM el 13 de noviembre de 2014 y tenerla por presentada; ii) disponer una etapa de realización de actuaciones previas por un plazo máximo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la fecha en que la denuncia fue subsanada, a fin de que la STCCO, en aplicación del Principio de Verdad Material, pueda reunir información o identificar indicios razonables de contravención a la normativa de represión de competencia desleal que coadyuven al esclarecimiento de los hechos denunciados, o en todo caso, de ser pertinente, encause la denuncia y le dé el trámite correspondiente; y, iii) denegar la medida cautelar solicitada por IDOM al no cumplirse el requisito de verosimilitud del derecho invocado.
 5. Con fecha 08 de enero de 2015, la STCCO emitió el Informe N° 001-STCCO/2015 *“Actuaciones previas realizadas respecto al ingreso de la marca TUENTI al mercado de servicios públicos móviles peruano”*, en el cual concluyó que existían indicios de que TELEFÓNICA, a través de su marca “Tuenti”, podría tener mejores condiciones respecto de los futuros OMV, debido a que ingresaría al mercado móvil bajo la figura de una marca comercial nueva captando la preferencia de los consumidores y obteniendo una aparente ventaja competitiva ilícita al no asumir aquellos costos propios de la inversión que afrontaría un OMV, pudiendo resquebrajar de este modo las reglas de conducta que se derivan de la Ley N° 30083. El mencionado Informe fue puesto en conocimiento del CCO a través del Oficio N° 004-STCCO/2015 del 09 de enero de 2015.

	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2015 Página 6 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

6. Por Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de enero de 2015 (en adelante, Resolución de Inicio), el CCO resolvió lo siguiente²: i) admitir a trámite la denuncia interpuesta por IDOM contra TELEFÓNICA, por la presunta comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, prevista en el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corriendo traslado de la misma a la empresa TELEFÓNICA, a fin de que presente sus descargos por escrito en un plazo de quince (15) días hábiles; y, ii) disponer la tramitación de la presente controversia como una que involucra la comisión de una infracción, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo II – Procedimientos que involucran la comisión de infracciones del Título VII del Reglamento de Solución de Controversias.
7. TELEFÓNICA contestó la denuncia mediante escrito N° 1 presentado el 12 de febrero de 2015. Posteriormente, a través de su escrito N° 4 de fecha 26 de mayo, la empresa operadora presentó argumentos adicionales a los expuestos en su escrito de descargos.
8. Con fecha 18 de febrero de 2015, el CCO emitió la Resolución N° 004-2015-CCO/OSIPTEL, a través de la cual resolvió tener por presentado el escrito de contestación de denuncia de TELEFÓNICA, poniéndolo en conocimiento de IDOM, y dar inicio a la etapa de investigación por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario computados a partir del día siguiente de notificada la resolución.


IV. PRETENSIONES ADMITIDAS

Mediante Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de enero de 2015, el CCO admitió a trámite la denuncia interpuesta por IDOM, con las siguientes pretensiones:

- Pretensión principal.- Se declare que TELEFÓNICA ha cometido actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, vulnerando con ello lo establecido por el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- Pretensiones accesorias:
 - (i) Se sancione a TELEFÓNICA, por la comisión de actos de competencia desleal que son materia de la denuncia.
 - (ii) Una vez agotada la vía administrativa y previo acuerdo del Consejo Directivo del OSIPTEL, se delegue a la denunciante, la posibilidad de promover un proceso de defensa de intereses colectivos de los consumidores afectados con la conducta denunciada.
 - (iii) Se disponga la devolución de los costos y costas.

Finalmente, es preciso indicar que respecto a la medida cautelar solicitada por IDOM en su escrito de denuncia, el CCO, mediante Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 05 de diciembre de 2014, denegó el referido pedido, toda vez que de un análisis preliminar de la denuncia, no se apreció medio probatorio

² Adicionalmente, el CCO dispuso agregar al expediente el Informe N° 001-STCCO/2015 y ponerlo en conocimiento de las partes.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 7 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

alguno que, a nivel cautelar, dé cuenta de indicios de una actuación contraria a ley por parte de TELEFÓNICA a través de su marca “Tuenti”³, que implique una posible afectación al mercado de los OMV, por lo que no se cumplió con el requisito de verosimilitud del derecho.

V. ALCANCE DEL INFORME INSTRUCTIVO

De acuerdo a lo establecido en el artículo 76° del Reglamento de Solución de Controversias, mediante el presente Informe Instructivo, la STCCO presenta el caso ante el CCO, emitiendo opinión en relación a las conductas objeto de denuncia y, en caso de considerar que se ha comprobado la existencia de una infracción, recomienda la imposición de las sanciones a las que hubiere lugar.

Por tal motivo, en el presente Informe Instructivo, la STCCO cumple con emitir opinión sobre la pretensión principal admitida a trámite que involucra la comisión de una infracción, a fin de determinar si los actos materia de denuncia calificarían como actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general, de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.


VI. POSICIONES DE LAS PARTES

6.1. Posición de IDOM

IDOM considera que TELEFÓNICA comete actos de competencia desleal, en la modalidad de infracción a la cláusula general, por lo cual solicita declarar fundada en todos sus extremos la denuncia, en razón de los siguientes fundamentos:

- De acuerdo a la denominación de la Ley N° 30083 y a su exposición de motivos, esta norma busca generar mayor competencia y dinamizar el mercado, generando mayores opciones para los usuarios en el mercado de servicios públicos móviles.
- Considerando que el numeral 2) del artículo 4° de la Ley N° 30083 señala que los OMR no pueden tener vinculación legal o económica con un OMV que acceda a su red, IDOM interpreta que la referida norma limita a las OMR a competir bajo la modalidad de un OMV, ello con la finalidad de incentivar el ingreso de nuevos agentes al mercado y generar mayor competencia.
- TELEFÓNICA sería un OMR, quien a través de su marca “Tuenti”, estaría operando bajo estándares de un OMV en el mercado de servicios públicos móviles. Por tanto, la conducta de la denunciada deberá ser analizada a la luz del Principio de Primacía de la Realidad, toda vez que estaría actuando bajo la forma de un OMV pese a la prohibición antes señalada, aprovechando un vacío legal en la regulación y dejando sin efecto en la práctica las directrices contenidas en la Ley N° 30083, con el objeto de obtener una ventaja injustificada por ser el “*first player*” (primer actor) en dicho sector del mercado.

³ Recordemos que únicamente se podrá limitar un derecho fundamental como la libertad de empresa, si es que, a nivel cautelar, existen indicios razonables que den cuenta de la posibilidad de una conducta infractora por parte de TELEFÓNICA.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 8 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

- En tal sentido, TELEFÓNICA, bajo la marca “Tuenti”, actúa en contravención a la buena fe comercial objetiva al aprovecharse de un vacío legal en la regulación, pues su conducta es contraria a lo que normalmente se espera de los agentes económicos en el mercado, logrando con ello desincentivar el ingreso de nuevos competidores en el mercado, y perturbando así el proceso competitivo del mercado de servicios móviles, lo que deberá ser sancionado en el marco del artículo 6º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- El hecho de que OSIPTEL haya mencionado que “Tuenti” es una marca de TELEFÓNICA, no debe entenderse como un adelanto de opinión de los órganos resolutivos encargados de resolver la presente controversia, ello puesto que la comunicación fue realizada en un contexto diferente al presente procedimiento .

6.2. Posición de TELEFÓNICA


TELEFÓNICA contestó la denuncia presentada por IDOM, solicitando al CCO que declare la nulidad de la Resolución de Inicio, o en todo caso, declare improcedente o infundada la referida denuncia, en función a los siguientes argumentos:

(i) Sobre la supuesta convalidación de la conducta de TELEFÓNICA por parte del OSIPTEL

- OSIPTEL ha reconocido que “Tuenti” es una nueva marca de TELEFÓNICA, empresa titular de la concesión de los servicios que se proveen bajo dicha marca; es decir, que no nos encontramos ante la creación de una OMV que contravenga la Ley N° 30083.
- La Resolución de Inicio no ha especificado si el cuestionamiento a la conducta de TELEFÓNICA gira en torno a su capacidad legal de ofrecer productos más beneficiosos diseñados para atender las preferencias de sus clientes, o al hecho que los ofrezca utilizando una marca nueva y diferente.
- El lanzamiento de “Tuenti” es una conducta que ha sido aprobada por el propio OSIPTEL.

(ii) Sobre la nulidad del inicio del procedimiento sancionador en contra de TELEFÓNICA

- La cláusula general se encuentra reservada solo para aquellas situaciones en las que no es posible evaluar una conducta a partir de una prohibición expresamente tipificada en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por lo que no se debe acudir automáticamente a dicho supuesto, en caso de los hechos denunciados se verifique que la conducta no cumple con los requisitos específicos para determinar la ilegalidad de un tipo infractor.
- La imputación contra TELEFÓNICA estaría referida a la existencia de un supuesto fraude a la prohibición establecida en el numeral 2) del artículo 4º la Ley N° 30083, que dispone que los OMR se encuentran prohibidos de tener vinculación legal o económica con un OMV que acceda a su red, por lo que “Tuenti” estaría actuando como un OMV camuflada en una segunda marca,

	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2015 Página 9 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

obteniendo ventajas anticompetitivas. Así, la conducta imputada debe evaluarse como un supuesto de violación de normas, de acuerdo al artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

- Considerando lo anterior, dado que los términos de la imputación se refieren a la existencia de una supuesta violación al contenido (expreso o implícito) de la Ley N° 30083, y en la medida que existe un tipo específico en base al cual debe analizarse este tipo de conductas, la apertura del presente procedimiento como un supuesto de vulneración a la cláusula general viola el principio de legalidad y sub principio de tipicidad previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, LPAG), por lo que corresponde que el CCO declare la nulidad de la Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL, y reformándola, evalúe la conducta denunciada como un supuesto de violación de normas, y en este sentido, declare improcedente o infundada la denuncia.

(iii) La conducta desarrollada por TELEFÓNICA no constituye un supuesto de violación de normas


- En su escrito de denuncia, IDOM ha señalado que la conducta imputada a TELEFONICA no podría considerarse un supuesto de violación de normas ya que no se habría constituido una OMV, con lo cual admite que no se ha infringido el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- Considerando que la Ley N° 30083 busca dinamizar el mercado y no proteger a un determinado agente, la conducta de TELEFÓNICA está alineada con ese objetivo, al generar a través de una segunda marca, mayor competencia y beneficios a los consumidores.

(iv) La conducta de TELEFÓNICA no constituye un acto de competencia desleal contrario a la cláusula general

- Partiendo de un análisis hipotético en el cual no existiese el supuesto de violación de normas, el CCO tampoco podría imputar a TELEFÓNICA una conducta contraria a la cláusula general, al no cumplirse con los requisitos de sanción previstos por dicho tipo infractor, básicamente por los siguientes fundamentos:

a) Que la conducta realizada por el agente no sea una conducta esperada, atentando contra la buena fe empresarial

- El propio CCO ha reconocido en la Resolución de Inicio que la creación de “Tuenti” constituye una conducta esperada, señalando que existen más de doscientos cincuenta (250) experiencias en el mundo, donde las OMR han reaccionado a la competencia de las OMV a través de segundas marcas; por lo que incluso si consideramos erróneamente que “Tuenti” fue creada para competir exclusivamente con las futuras OMV, nos encontraríamos ante una conducta esperada, conocida y aprobada a nivel internacional.
- El CCO también reconoce que los beneficios que pudiera obtener TELEFÓNICA con “Tuenti” derivarían de una eficiencia de la empresa,

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 10 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

gracias a su capacidad para ahorrar costos, por lo que no resulta posible sancionar a TELEFÓNICA por ser más eficiente que sus competidores.

- No existe comportamiento estratégico alguno ilegítimo contrario a la buena fe empresarial por parte de TELEFÓNICA, dado que los consumidores tienen toda la información pertinente sobre los planes promocionados bajo la marca “Tuenti” y no existe ahorro de costos.
- El hecho que la Ley N° 30083 y la regulación impongan ciertos costos a las OMV no genera ningún ahorro para TELEFÓNICA, ya que dicha empresa asume los mismos e incluso mayores costos que los establecidos en la normativa para los OMV.

b) *Que dicha conducta afecte o pueda afectar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo*


- El proceso competitivo se ha visto beneficiado con la creación de “Tuenti”; dado que al asumir el riesgo inherente a la innovación: i) permite a otros operadores tener mayor información sobre si este segmento de negocio es o no atractivo; y, ii) beneficia a los consumidores al ofrecer mayor diversidad de planes a precios atractivos.
- La imputación formulada contra TELEFÓNICA pretende anular el proceso competitivo y fijar ciertos espacios cerrados que únicamente podrán ser explotados por las OMV.

c) *Que no es necesario acreditar un daño efectivo para que la conducta sea considerada ilícita, bastando solo daño potencial*

- Para IDOM el daño potencial en este caso, consiste en la captación futura de las preferencias de los consumidores, pero debe tenerse en cuenta que cualquier daño potencial será un daño concurrencial lícito.
- El CCO parece identificar el daño potencial con la posibilidad de que TELEFÓNICA incremente su poder de mercado, por lo que el presente procedimiento buscaría sancionar la potencial posición de dominio de TELEFÓNICA, lo cual es inconstitucional por vulnerar el artículo 61° de la Constitución Política del Perú.
- Se estaría buscando sancionar a TELEFÓNICA por la posibilidad futura de otorgar un eventual tratamiento diferenciado a favor de “Tuenti”, con lo cual el CCO estaría vulnerando sus facultades como fiscalizador ex post de la competencia desleal, para pasar a actuar como un regulador de conductas ex ante.

Asimismo, TELEFÓNICA señala que la Resolución de Inicio realiza un análisis incorrecto de su conducta, sobre la base de los siguientes argumentos:

a) *Las segundas marcas no son utilizadas exclusivamente por las OMR para competir contra las OMV.*

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 11 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	


- Las segundas marcas son una estrategia comercial utilizada para segmentar mercados y captar la preferencia del consumidor a través de la diversificación de su oferta, por lo que, mientras más competitivo sea un mercado, será más probable encontrarlas.
- El análisis del CCO no debe dividir a los participantes del mercado en OMR, OMV y segundas marcas, debido a que esto conlleva a concluir que cualquier nueva marca que segmente mercados se convertiría en una potencial OMV. Así, debe tenerse presente que las segundas marcas son mucho más antiguas que la propia existencia de las OMV como modelo de negocio, lo cual sucede en el caso de la marca “Tuenti” en el Perú.
- La Resolución de Inicio no menciona jurisprudencia extranjera en la que se haya calificado el uso de segundas marcas como un acto de competencia desleal.
- Asimismo, los documentos citados en la Resolución de Inicio, que sirven de sustento para calificar a las segundas marcas como OMV, son estudios económicos de marketing elaborados por especialistas en marketing y/o negocios, que no evalúan el marco legal de las OMV o la legalidad de la existencia de las segundas marcas, pero que coinciden en señalar que la existencia de las OMV y segundas marcas dinamizan el mercado, haciéndolo más competitivo y agresivo, lo cual repercute en mayores beneficios para los consumidores.

b) Los servicios promocionales ofrecidos por TELEFÓNICA bajo su marca “Tuenti”, no son un mecanismo para competir con las futuras OMV.

- Si bien la empresa tiene el derecho de habilitar cualquier signo distintivo lícito para comercializar sus servicios (lo contrario atentaría contra la libertad de empresa), la creación de la marca “Tuenti” obedece a un proyecto de expansión regional que data desde el año 2009 que apunta a un segmento específico para responder a las presiones competitivas. Al respecto, en Argentina y México, donde las restricciones a las OMR para operar como OMV son mayores que en nuestro país; no han existido cuestionamientos a la presencia de “Tuenti”.
- TELEFÓNICA no se ha posicionado como un “*first player*” aprovechando la ausencia de un reglamento, puesto que éste no podría impedir la creación de segundas marcas para competir con las OMV, al ser ésta una prohibición ilegal y una barrera burocrática. Asimismo, si TELEFÓNICA hubiese buscado ingresar al mercado como una OMV (lo cual es permitido por la Ley N° 30083), lo hubiese podido hacer a través de las redes de sus competidores.

c) Es altamente especulativo señalar que “Tuenti” y las OMV se enfocarán en el mismo mercado y competirán directamente.

- Virgin Mobile y Falabella, las dos únicas empresas mencionadas por la Resolución de Inicio como futuras OMV en el mercado peruano, no tienen

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 12 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

como segmento objetivo al público joven en los países en los que participan. Así, mientras que no se sabe que OMV entrará al mercado peruano y en qué segmento buscará competir, operadores con red como Entel y Bitel sí se enfocan en el público joven, a través de planes tarifarios. Sin embargo, debido a razones de marketing, a diferencia de dichas empresas, TELEFÓNICA ha decidido abordar dicho segmento a través de una nueva marca atractiva para ese tipo de consumidor.


d) La ventaja competitiva derivada del ahorro de costos por parte de TELEFÓNICA no califica como un acto de competencia desleal.

- No existe relación alguna entre el uso de una segunda marca y el hecho que los OMV tengan que asumir los pagos dispuestos por la regulación, ya que TELEFÓNICA podría promocionar planes para un público joven sin recurrir a la marca “Tuenti”, tal como lo viene haciendo Bitel bajo su plan prepago Uni2; y de igual forma, los OMV tendrán que seguir asumiendo los mismos costos exigidos por la regulación.
- Aún en el supuesto negado que el ahorro de costos pudiera ser considerado como una ventaja competitiva ilícita, dicho ahorro no existe, pues si bien es cierto que TELEFÓNICA no asume los mismos costos que afrontaría una OMV (el arrendamiento de su red), la empresa sí asume mucho de los conceptos que el CCO incorrectamente ha considerado como exclusivos de las OMV, tales como: los costos de interconexión a las redes de otros OMR, la tasa de explotación comercial, y en general paga por todos los servicios de telecomunicaciones que presta, se encuentren o no bajo la marca “Tuenti”, tal como ocurre con otros operadores de servicios de telecomunicaciones.
- Sin perjuicio de ello, no existe ahorro de costos alguno, ya que una OMV no asume muchos de los costos que sí son asumidos por TELEFÓNICA, referidos a la operación, mantenimiento y expansión de la red, por lo que si el CCO sancionase el ahorro de costos como una conducta desleal, debería sancionar a las OMV ya que este modelo de negocios tiende a ser más rentable.

Posteriormente, a través de su escrito N° 4 de fecha 26 de mayo⁴, TELEFÓNICA presentó los siguientes argumentos adicionales:

- Como fue reconocido por OSIPTEL, “Tuenti” es una marca de TELEFÓNICA, por lo cual no existen líneas que pertenezcan a “Tuenti”, sino consumidores que adquieren líneas prepago de TELEFÓNICA y que están habilitadas para contratar paquetes promocionados por esta empresa a través de su marca “Tuenti”.
- Los consumidores pueden conocer que “Tuenti” es una marca que pertenece a TELEFÓNICA a través de los contratos de servicios, publicidad y página web.

⁴ A través de dicho escrito, TELEFÓNICA también formuló comentarios referidos a los requerimientos de información solicitados por la STCCO. No obstante, a efectos de desarrollar los argumentos presentados por la empresa operadora en el presente procedimiento, se ha considerado relevante indicar alguno de los comentarios que complementan los argumentos iniciales expuestos en su escrito de descargos. La información reportada a la STCCO, contenida en este escrito, será desarrollada en la sección siguiente del Informe.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 13 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

- Antes de su lanzamiento, TELEFÓNICA comunicó a OSIPTEL que “Tuenti” se trataba de una marca que buscaba segmentar el mercado y dirigirse al público joven, no habiendo recibido cuestionamiento alguno al respecto⁵.
- A diferencia de los futuros OMV, los OMR en el Perú sí han prestado interés en el segmento joven (Bitel a través de su producto “Uni2” o Claro a través de “Paquetes de Internet a demanda” que son recargas de líneas prepago *low cost*), por lo que así como no deberían ser sancionados Bitel ni Claro por segmentar el mercado, tampoco debería sancionarse a TELEFÓNICA, por la obtención de una aparente ventaja competitiva al no asumir los costos de una OMV.
- Las líneas de TELEFONICA bajo las cuales es posible adquirir paquetes (recargas) promocionadas bajo la marca “Tuenti” son prepago, por lo que “Tuenti” integra el área de “Segmento Masivo”, siendo esta área la encargada de todo el rubro prepago de TELEFÓNICA. Así la oficina de “Tuenti” no es independiente de TELEFÓNICA.
- Si bien es cierto que TELEFÓNICA ha implementado la plataforma “*Sinfonics*” para el lanzamiento y operación regional de la marca “Tuenti”, ello no tiene que ver con la posible entrada de las OMV. Cabe precisar que “*Sinfonics*” no es un sistema autosuficiente, por lo que este software coordina con otras plataformas de Red de TELEFÓNICA como las plataformas de sistema.

VII. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA STCCO


7.1. Requerimiento de información a la Dirección de Signos Distintivos del INDECOPI

Durante la etapa de actuaciones previas, la STCCO remitió el Oficio N° 263-STCCO/2014 el 16 de diciembre de 2014, a través del cual solicitó a la Dirección de Signos Distintivos del INDECOPI, información sobre el registro de la marca “Tuenti”, la identificación del titular de la misma, documentos que acrediten su transferencia o cesión, las clases bajo las cuales ha sido registrada, así como cualquier otro aspecto relacionado a dicha marca.

En atención a lo anterior, la Dirección de Signos Distintos del INDECOPI envió el Oficio N° 1904-2014/DSD-Reg-INDECOPI, recibido el 24 de diciembre de 2014, señalando que conforme a la consulta en el Sistema de Seguimiento de Expedientes de esa Dirección, bajo el criterio de Búsqueda por Denominación, se verificó que la marca “Tuenti” tiene como titular a TUENTI TECHNOLOGIES, S.L. y cuenta con el Certificado N° 60248 para la clase 35 y el Certificado N° 74524 para la clase 38 de la Clasificación de Niza⁶.

⁵ TELEFÓNICA hace referencia a una reunión de fecha 02 de octubre de 2014 con funcionarios del OSIPTEL sobre aspectos vinculados al lanzamiento y comercialización de la marca “Tuenti” en el mercado peruano.

⁶ Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el registro de las marcas, establecida mediante Arreglo de Niza (1957).

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 14 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

7.2. Requerimientos de información a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI

Conforme a lo dispuesto por el artículo 74º del Reglamento de Solución de Controversias, el 02 de marzo de 2015, esta STCCO dirigió el Oficio N° 030-STCCO/2015 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, la Comisión), solicitándole la remisión de un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando el INDECOPI en materia de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general, para la generalidad de mercados y agentes económicos.

De acuerdo al requerimiento efectuado, mediante Oficio N° 015-2015/CCD-INDECOPI recibido el 09 de abril de 2015, la Comisión presentó el informe solicitado por la STCCO, adjuntando jurisprudencia en la cual dicha Comisión y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante, SDC) desarrollan los criterios interpretativos que vienen aplicando en casos de infracción a la cláusula general para la generalidad de mercados y agentes económicos⁷.

Posteriormente, durante la etapa de instrucción del procedimiento, la STCCO remitió el Oficio N° 045-STCCO/2015 del 10 de abril de 2015, a través del cual solicitó a la Comisión, informar si a la fecha se había interpuesto una denuncia contra TELEFÓNICA por actos de competencia desleal a través de medios publicitarios por el uso de su marca “Tuenti” en el mercado de servicios públicos móviles o si se viene tramitando alguna investigación de oficio por dicha conducta.


En respuesta a lo solicitado, la Comisión remitió el Oficio N° 028-2015/CCD-INDECOPI recibido el 20 de abril de 2015, a través del cual señaló que a la fecha no se había interpuesto una denuncia ni se estaba tramitando una investigación en contra de TELEFÓNICA por actos de competencia desleal a través de medios publicitarios por el uso de su marca “Tuenti”.

7.3. Requerimientos de información a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL

Mediante Oficio N° 044-STCCO/2015⁸ de fecha 10 de abril de 2015, la STCCO requirió a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (en adelante, la GFS)

⁷ Se adjuntaron copias de las siguientes resoluciones:
Resolución N° 138-2010/CCD-INDECOPI del 14 de julio de 2010.
Resolución N° 015-2012/CCD-INDECOPI del 1 de febrero de 2012.
Resolución N° 169-2012/CCD-INDECOPI del 7 de noviembre de 2012.
Resolución N° 005-2013/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2013.
Resolución N° 1728-2011/SC1-INDECOPI del 9 de noviembre de 2011.
Resolución N° 3542-2012/SDC-INDECOPI del 21 de diciembre de 2012.
Resolución N° 2344-2013/SDC-INDECOPI del 17 de diciembre de 2013.
Resolución N° 434-2014/SDC-INDECOPI del 28 de marzo de 2014.

⁸ Cabe señalar que, considerando el vencimiento del plazo para cumplir con el requerimiento de información, con fecha 05 de mayo de 2015, la STCCO envió a la GFS el Oficio N° 054-STCCO/2015, por el cual reiteró la solicitud de información que realizó a través del Oficio N° 044-STCCO/2015

	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2015 Página 15 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

diversa información relacionada al Memorando N° 1233-GG/2014 que adjuntó la Carta N° 1018-GG.GPS.GPRC/2014⁹ y al Memorando N° 159-GFS/2015¹⁰.

Al respecto, la STCCO solicitó informar lo siguiente: i) el estado actual de las acciones de supervisión realizadas a TELEFÓNICA referidas a los servicios de atención a usuarios post venta, que fueron comunicadas mediante Memorando N° 159-GFS/2015 y, de ser el caso, si dichas acciones derivaron en algún procedimiento sancionador contra de dicha empresa; ii) si la GFS ha realizado supervisiones o actuaciones adicionales relacionadas a las observaciones contenidas en la Carta N° 1018-GG.GPS.GPRC/2014, referidas a: (a) la información acerca del origen, naturaleza y atributos de la actividad empresarial que viene publicando TELEFONICA a través de su marca “Tuenti” y (b) omisiones a normas de materia tarifaria por parte de la empresa en cuestión; y iii) si viene efectuando alguna supervisión adicional a la referida empresa relacionada a “Tuenti”, por algún otro aspecto.

Considerando lo anterior, mediante Memorando N° 847-GFS/2015 recibido el 07 de mayo de 2015, la GFS informó que las acciones de supervisión comunicadas en el Memorando N° 159-GFS/2015 se encuentran siendo evaluadas en el expediente de supervisión N° 049-2015-GG-GFS y que aún no se ha derivado del mismo algún procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, manifestó que no ha realizado actuaciones relacionadas a omisiones en materia tarifaria ni respecto al origen, naturaleza y atributos de la actividad empresarial que TELEFÓNICA viene realizando a través de su marca “Tuenti” ni de otra materia adicional.

7.4. Requerimiento de información a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL


Con fecha 20 de julio de 2015, la STCCO remitió el Oficio N° 088-STCCO/2015, por el cual solicitó a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, la GPRC), información sobre los planes tarifarios de los servicios móviles reportados por la empresa TELEFONICA, a través de todas las modalidades (post-pago, consumo controlado y pre-pago), en atención a la Norma de Requerimientos de Información Periódica sobre los Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹¹ (en adelante, Norma de Requerimientos de Información Periódica), para el cuarto trimestre del 2014 y primer trimestre de 2015.

En atención a lo solicitado, la GPRC cumplió con remitir la carta C.019-GPRC/2015, de fecha 23 de julio 2015, en la cual adjunto un Disco Compacto con la información solicitada.

⁹ Mediante Memorando N° 1233-GG/2014, la Gerencia General del OSIPTEL adjuntó la Carta N° 1018-GG.GPS.GPRC/2014 del 23 de octubre de 2014 dirigida a TELEFONICA a través del cual se le realizaron las siguientes observaciones a su actuación en el mercado a través de su marca “Tuenti”: (i) referidas a la información acerca del origen, naturaleza y atributos de la actividad empresarial que viene publicitando a través de su marca “Tuenti”, en diversos medios de difusión; (ii) relacionadas a omisiones a normas en materia tarifaria; y, (iii) referidas a los servicios de atención a usuarios post venta a través de su marca “Tuenti”.

¹⁰ A través del Memorando N° 159-GFS/2015, recibido por la STCCO el 30 de enero de 2015, se informó acerca de las diversas acciones de supervisión realizadas a TELEFÓNICA con motivo del lanzamiento de su marca “Tuenti”, referidas a las observaciones encontradas en el numeral (iii) de la Carta N° 1018-GG.GPS.GPRC/2014.

¹¹ Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 121-2003-CD/OSIPTEL, cuya última modificación se dio a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2012-CD/OSIPTEL.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 16 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	


7.5. Requerimientos de información a TELEFÓNICA

- **Primer requerimiento de información:**

Mediante Oficio N° 043-STCCO/2015 remitido el 10 de abril de 2015, la STCCO le requirió a TELEFÓNICA que cumpla con proporcionar la siguiente información en un plazo de diez (10) días hábiles:

1. Formato 1: Número mensual de líneas en servicio pertenecientes a “Tuenti”, desagregadas por región, para el período de octubre 2014 a marzo 2015.
2. Formato 2: Número mensual de altas pertenecientes a “Tuenti” desagregadas por región, para el periodo octubre 2014 a marzo 2015.
3. Formato 3: Número mensual de bajas pertenecientes a “Tuenti”, desagregadas por región, para el periodo octubre 2014 a marzo 2015.
4. Formato 4: Número total de combos adquiridos por los usuarios de “Tuenti”, desagregado por monto o tipo de combo con una periodicidad mensual, desde octubre de 2014 hasta marzo 2015.
5. Formato 5: Número mensual de líneas portadas o migradas a “Tuenti”, por empresa de origen, para el periodo de octubre 2014 a marzo 2015 (Cuadro N° 5)
6. Detallar los elementos que componen la plataforma de “Tuenti” y aquellos que comparte con la marca Movistar. Asimismo, explicar las justificaciones técnicas, económicas, comerciales o de otra índole, que llevaron a TELEFÓNICA a crear una plataforma distinta para operar con “Tuenti”.
7. Detallar el organigrama de TELEFÓNICA, en el que se incluya a “Tuenti” así como su estructura organizacional interna.
8. Presentar el acta de junta general de accionistas, directorio o comité de la empresa, en la que se acuerde la creación y lanzamiento de “Tuenti” en el mercado.
9. Presentar el plan de marketing de creación, lanzamiento y expansión de “Tuenti” en el mercado.
10. Presentar la información relacionada a “Tuenti” que haya sido puesta en conocimiento de los usuarios, a través de todos los medios de comunicación empleados por la empresa para la difusión de dicho servicio; entre ellos, medio impreso, digital, radial, televisivo u otro análogo.
11. Presentar los convenios celebrados con los establecimientos a través de los cuales se ofrecen los chips “Tuenti” a los usuarios (puntos de venta de chips, tales como los establecimientos de Primax S.A., Total Artefactos S.A y/o tiendas autorizadas). Asimismo, adjuntar todo documento relacionado, como adendas, cartas de intención, entre otros.

En respuesta a lo solicitado, mediante escrito N° 2 presentado el 24 de abril de 2015, TELEFÓNICA absolvió parte del requerimiento de información relacionado a los Formatos 1, 2, 3, 4, 5 y al numeral 10 del Oficio N° 043-STCCO/2015 referido a la información puesta en conocimiento de los usuarios a través de diversos medios de comunicación (publicidad). Asimismo, TELEFÓNICA solicitó un plazo adicional de cinco (05) días hábiles

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 17 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

para enviar la información que no pudo completar¹². Cabe indicar que TELEFÓNICA solicitó la confidencialidad de parte de la información proporcionada¹³.

En atención a dicho pedido, a través del Oficio N° 048-STCCO/2015 remitido el 28 de abril de 2015, la STCCO concedió la prórroga solicitada por TELEFÓNICA, a efectos que cumpla con el total del requerimiento de información efectuado mediante Oficio N° 043-STCCO/2015.

En ese sentido, mediante escrito N° 3 recibido el 04 de mayo de 2015, TELEFÓNICA presentó la siguiente información referida a: i) numeral 6, que contiene el glosario de términos de la plataforma “Sinfonics”¹⁴; ii) numeral 7, que contiene el organigrama de TELEFÓNICA en el que se incluye a “Tuenti”; iii) numeral 9, que contiene tres (03) presentaciones de Power Point sobre la creación, lanzamiento y expansión de la marca “Tuenti”; iv) numeral 10, que contiene publicidades gráficas; y, v) numeral 11, que contiene diversos contratos suscritos con comercializadores de los chips “Tuenti”. Cabe indicar que TELEFÓNICA solicitó la confidencialidad de parte de la información proporcionada¹⁵.

Asimismo, indicó que no existe ninguna Junta de Accionista, Directorio o Comité de TELEFÓNICA en el que se acuerde la creación y lanzamiento de “Tuenti” en el mercado, ya que esa decisión habría sido tomada por la matriz en España, motivo por el cual no adjuntó información relacionada al numeral 8 del Oficio N° 043-STCCO/2015.

Sobre el particular, cabe indicar que con fecha 15 de mayo de 2015, el CCO emitió la Resolución N° 005-2015-CCO/OSIPTEL, mediante la cual resolvió declarar fundada en parte la solicitud de confidencialidad presentada por TELEFÓNICA mediante escritos N° 2 y N° 3 del 24 de abril y 04 de mayo de 2015, respectivamente¹⁶.

El 26 de mayo de 2015, TELEFÓNICA presentó su escrito N° 4 por el cual efectuó comentarios sobre la información remitida a la STCCO a través de sus escritos N° 2 y N° 3, de fecha 24 de abril y 04 de mayo de 2015, respectivamente, con ocasión del requerimiento realizado en el Oficio N° 043-STCCO/2015. Asimismo, solicitó declarar como confidencial la información proporcionada como anexo a dicho escrito, referida al número de líneas móviles en servicio para los meses de octubre a diciembre de 2014.


¹² Dicho plazo vencía el día 04 de mayo de 2015.

¹³ TELEFÓNICA solicitó la confidencialidad de la información proporcionada mediante Formatos 1, 2, 4 y 5.

¹⁴ En relación a este aspecto, TELEFÓNICA se limitó a señalar que para las operaciones de la marca “Tuenti” utilizaba la plataforma “Sinfonics”, que es una a nivel regional que alberga el producto “Tuenti” en varios países y es más moderna que “Altamira” (utilizada para las líneas prepago de la marca Movistar).

¹⁵ TELEFÓNICA solicitó la confidencialidad de la información contenida en los numerales 6, 7, 9 y 11.

¹⁶ El CCO declaró como confidencial la información referida a los Formatos 4 y 5, así como el numeral 6, que contiene el glosario de término de plataformas; el numeral 11 que contiene contratos suscritos con distribuidores para la venta de productos “Tuenti”; y, el numeral 7 en el extremo referido a las secciones del organigrama del área de “Segmento masivo” y “Tuenti”; además del numeral 9, en el extremo referido a la segunda presentación de Power Point denominada “Informe Perfil Tuenti”.

	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2015 Página 18 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

En relación a dicho pedido, mediante Resolución N° 006-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de junio de 2015, el CCO resolvió declarar infundada la solicitud de confidencialidad presentada por TELEFÓNICA.


- **Segundo requerimiento de información**

Posteriormente, con el objeto de contar con información actualizada, la STCCO le requirió a TELEFÓNICA a través del Oficio N° 087-STCCO/2015 remitido el 20 de julio de 2015, presentar, en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, la siguiente información:

1. Formato 1: Número mensual de líneas en servicio pertenecientes a “Tuenti”, desagregadas por región, para el período de abril 2015 a junio 2015.
2. Formato 2: Número mensual de altas pertenecientes a “Tuenti” desagregadas por región, para el periodo de abril 2015 a junio 2015.
3. Formato 3: Número mensual de bajas pertenecientes a “Tuenti”, desagregadas por región, para el periodo de abril 2015 a junio 2015.
4. Formato 4: Número total de combos adquiridos por los usuarios de “Tuenti”, desagregado por monto o tipo de combo con una periodicidad mensual, desde abril 2015 hasta junio 2015.
5. Formato 5: Número mensual de líneas portadas o migradas a “Tuenti” (por empresa de origen), para el periodo de abril 2015 a junio 2015.
6. Formato 6: Número mensual de líneas prepago en servicio de TELEFÓNICA, excluyendo aquellas comercializadas bajo la marca “Tuenti”, a nivel nacional, para el periodo de octubre 2014 a junio 2015.
7. Cumplir con detallar las justificaciones técnicas, económicas, comerciales o de otra índole que la llevaron a crear una plataforma distinta para operar con “Tuenti”, tal como fuere solicitado mediante Oficio N° 043-STCCO/2015.
8. Explicar cuál es el procedimiento implementado por la empresa para permitir que los usuarios del servicio móvil prepago de TELEFÓNICA sean migrados a los servicios móviles prepago contratados a través de la marca “Tuenti”, así como de “Tuenti” a prepago TELEFÓNICA, respectivamente.

En atención al requerimiento efectuado, mediante escrito N° 5 recibido el 30 de julio de 2015, TELEFONICA indicó lo siguiente:

- i) Solicitó un plazo adicional de tres (03) días hábiles para cumplir con presentar la información requerida en los Formatos 1, 2, 3, 4 y 5 del Oficio N° 087-STCCO/2015. Dicho plazo vencía el 04 de julio de 2015.
- ii) Presentó información referida al Formato 6, únicamente para el período de octubre de 2014 a marzo de 2015, indicando que *“a la fecha no contaba con información oficial del total de líneas prepago de TELEFÓNICA correspondientes al segundo trimestre de este año”*, esto es, la empresa no contaría con información definitiva del número de líneas prepago para los meses de abril a junio de 2015.
- iii) Respecto al numeral 8 del Oficio N° 087-STCCO/2015, explicó el procedimiento implementado para permitir que los usuarios del servicio


	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 19 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

móvil prepago de TELEFÓNICA bajo la marca “Movistar” puedan contratar recargas promocionadas bajo la marca “Tuenti”¹⁷. Sobre el particular, la empresa precisó que el término “migración” empleado por la STCCO podría prestarse a confusión al asociársele a la portabilidad de una línea móvil de un operador a otro, siendo que, en el presente caso nos encontrábamos bajo un escenario de “cambio de plan”, toda vez que los clientes de TELEFÓNICA simplemente habían “efectuado un cambio de plan” para poder adquirir paquetes promocionados bajo la marca “Tuenti” que pertenece a TELEFÓNICA. Así, la empresa operadora manifestó, entre otros aspectos, que los clientes con líneas prepago con planes tarifarios bajo la marca “Movistar” podían efectuar su cambio hacia los **planes tarifarios bajo la marca “Tuenti”**, manteniendo su número o solicitando uno nuevo, previa presentación de una solicitud de cambio de plan a través de la página web o de manera presencial.

- iv) Manifestó su preocupación respecto a la pertinencia, razonabilidad y proporcionalidad de los requerimientos de información efectuados por la STCCO, refiriéndose, entre otros, al plazo en el que fue formulado el Requerimiento Nº 087-STCCO/2015 y su falta de motivación. Adicionalmente, solicitó que se le comunique la motivación que sustentaría cada uno de los requerimientos formulados durante la etapa de investigación, explicando expresamente la razonabilidad, proporcionalidad y vinculación directa de la información con la imputación que ha sido efectuada en su contra, llegando a afirmar que la actuación de la STCCO se encontraría fuera de los márgenes de legalidad y razonabilidad exigidos en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.
- v) Adicionalmente, señaló que la información referida al Formato 6 del mencionado Oficio ya obra en poder de OSIPTTEL y en tal sentido, podría ser obtenida a través de una operación aritmética entre el número mensual sobre líneas prepago en servicio de TELEFÓNICA –información presente en la página web de OSIPTTEL– y el número de líneas en servicio bajo las cuales es posible adquirir paquetes promocionales bajo la marca “Tuenti” para el periodo octubre 2014 a marzo 2015 (información entregada en el escrito Nº 2).
- vi) En relación a la información contenida en el numeral 7 (cumplir con detallar las justificaciones técnicas, económicas, comerciales o de otra índole que la llevaron a crear una plataforma distinta para operar con “Tuenti”), indicó que mediante escritos Nº 3 y Nº 4 ya había cumplido con brindar la justificación pertinente. Asimismo, indicó que no existe una disposición legal que le exija sustentar sus decisiones comerciales bajo dichos criterios. Finalmente, manifestó que si la STCCO requiere mayor información respecto a la plataforma “*Sinfonics*” este nuevo requerimiento deberá ser debidamente motivado.

Posteriormente, mediante escrito Nº 6 presentado el 04 de agosto de 2015, TELEFÓNICA ajuntó la información referida a los Formatos 1, 2, 3, 4 y 5 para

¹⁷ La descripción del mencionado procedimiento se encuentra en el numeral 5 del escrito Nº 5 recibido el 30 de julio de 2015, siendo que de acuerdo a lo establecido por la denunciada, resulta necesario que el cliente adquiera un chip “Tuenti” debido a que la referida marca cuenta con una plataforma comercial distinta a la utilizada para los clientes de “Movistar”.

	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2015 Página 20 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

el período de abril a junio de 2015 del Oficio N° 087-STCCO/2015, con lo cual señaló completar el requerimiento de información que le hiciese la STCCO. Asimismo, solicitó la confidencialidad de la información presentada a través de los Formatos 3, 4 y 5 del Oficio N° 087-STCCO/2015.

Cabe indicar que, mediante Resolución N° 007-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 10 de agosto de 2015, el CCO resolvió declarar fundado en parte el pedido de la empresa operadora, declarando como confidencial la información contenida en los Formatos 4 y 5 de su escrito N° 6 de fecha 04 de agosto de 2015.


Asimismo, la STCCO envió el Oficio N° 093-STCCO/2015, de fecha 06 de agosto de 2015, por el cual solicitó a TELEFÓNICA que en un plazo de tres (03) días hábiles cumpla con presentar, respecto al Formato 6 del requerimiento de información realizado mediante Oficio N° 087-STCCO/2015, lo siguiente: (i) la información faltante del número mensual de líneas prepago en servicio de TELEFÓNICA, excluyendo aquellas comercializadas bajo la marca “Tuenti”, a nivel nacional, para el periodo de abril de 2015 a junio 2015, debido a que en su escrito N° 5 sólo envió dicha información para el periodo de octubre de 2014 a marzo de 2015; y, (ii) los motivos por los cuales la información respecto a las “Líneas Prepago Tuenti” para el periodo de abril a junio de 2015 del Formato 6, presentada mediante escrito N° 5, no coincidía con aquella remitida en el escrito N° 6, asimismo se le requirió a la denunciada señalar cuál es la información que debe ser considerada correcta. El plazo otorgado vencía el 11 de agosto de 2015.

Asimismo, en relación a lo manifestado por TELEFÓNICA en su escrito N° 5 respecto a la pertinencia, razonabilidad y proporcionalidad de los requerimientos de información y a la motivación que sustentarían los mismos, la STCCO señaló que en virtud del artículo 72° del Reglamento de Solución de Controversias, se encuentra facultada para solicitar toda aquella información que considere necesaria para esclarecer la presente controversia durante la etapa de instrucción del procedimiento¹⁸; y que los requerimientos de información hechos a TELEFÓNICA en el presente procedimiento fueron motivados, señalándose en ellos que la información requerida brindaría mayores elementos de juicio para resolver la infracción imputada, además de indicarse la base legal que faculta a la STCCO a requerir información, el plazo para poder presentarla, y las sanciones que podrían imponérsele en caso de no otorgarla, de conformidad con la normativa vigente. Adicionalmente, la STCCO resaltó que no puede expresar en cada requerimiento la vinculación entre el medio probatorio solicitado y su aporte al esclarecimiento de la infracción, pues se correría el riesgo de adelantar opinión sobre la controversia.

Finalmente, exhortó a TELEFONICA a desenvolverse en el procedimiento adecuando sus afirmaciones y actuaciones procedimentales a los principios de respeto mutuo, buena fe y colaboración, de conformidad con el principio de conducta procedimental, establecido en el numeral 1.8 del artículo IV del

¹⁸ Reglamento de Solución de Controversias

“**Artículo 72.- Facultad de la Secretaría Técnica de solicitar información.** Durante la etapa de investigación la Secretaría Técnica podrá solicitar la información que estime necesaria a efectos de determinar la comisión de la infracción materia de la investigación, tanto a las empresas directamente involucradas, como a empresas no involucradas.”

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 21 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Título Preliminar de la LPAG¹⁹, sin realizar cuestionamientos que dilaten el procedimiento y/o dificulten la labor de instrucción de esta STCCO.

Con fecha 11 de agosto de 2015, TELEFÓNICA presentó su escrito N° 7, mediante el cual, solicitó al CCO el uso de la palabra y, entre otros aspectos señaló lo siguiente:

- i) Respecto a la discordancia en la información presentada, señaló que a través de su escrito N° 5, había expresado que no contaba con información oficial del total de líneas prepago correspondiente a los meses de abril de 2015 a junio de 2015, siendo que de acuerdo a lo previsto por la Norma de Requerimientos de Información Periódica, el plazo para remitir dicha información finalizaba el 19 de agosto de 2015²⁰. En ese sentido, TELEFÓNICA solicitó que el requerimiento se entienda por cumplido cuando presente la información bajo los plazos previstos en la mencionada resolución, siendo suficiente que la STCCO realice una operación aritmética a la información remitida en virtud de la norma de requerimientos de información periódica sobre los datos proporcionados en el escrito N° 6. Finalmente, indicó que debe tenerse como válida la información presentada mediante escrito N° 6 debido a que los datos contenidos en el Anexo 5-A del escrito N° 5 eran un aproximado y el proceso de recopilación se encontraba aún en curso.
- ii) Respecto a la solicitud de motivación del requerimiento de información, indicó que, a lo largo del procedimiento, había manifestado su compromiso y disposición a colaborar cumpliendo con todos los requerimientos de información que le han sido efectuados. En tal sentido, la solicitud de motivación de los requerimientos de información efectuados, no denotan un desconocimiento de las facultades de la STCCO, por el contrario, es un requerimiento exigido en función a los estándares establecidos ya establecidos por el Tribunal Constitucional²¹.

Atendiendo a lo antes señalado, TELEFÓNICA solicitó que se tenga presente la justificación de su solicitud de motivación y se interprete que actuó bajo los principios de respeto mutuo, buena fe y colaboración.

- iii) Respecto a su conducta procedimental, señaló que solicitar respetuosamente y por el conducto regular la motivación de los requerimientos, no puede entenderse como una conducta dilatoria o contraria a la buena fe procesal, considerando que requerir el

¹⁹ LPAG

“Título Preliminar.-

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo


El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

Principio de conducta procedimental.- *La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal”.*

²⁰ Cabe recordar que el escrito N° 7 fue presentado el 11 de agosto de 2015, esto es, días antes del vencimiento del plazo para la presentación de la información reportada periódicamente al OSIPTEL.

²¹ TELEFÓNICA cita la sentencia recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 22 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

cumplimiento de obligaciones legales no implica una falta de respeto, colaboración o actuación de mala fe.

Cabe indicar que mediante Oficio Nº 097-STCCO/2015 del 13 de agosto de 2015, la STCCO tuvo por presentado el escrito Nº 7 y, respecto a la solicitud de informe oral, se le comunicó a la denunciada que ésta sería analizada en su oportunidad por el CCO, luego de culminada la etapa de instrucción del procedimiento.

Finalmente, mediante escrito Nº 8 recibido el 17 de agosto de 2015, TELEFÓNICA señaló que sin perjuicio de lo manifestado en su escrito Nº 7, cumple con remitir la información faltante que fuera requerida por la STCCO en su Oficio Nº 093-STCCO/2015, referida al Formato 6. Asimismo, manifestó que recabar la información referida al número mensual de líneas prepago de TELEFÓNICA para el periodo de abril de 2015 a junio de 2015, ha significado asumir carga y costos adicionales tomando en consideración que lo hace antes del vencimiento del plazo legal otorgado por la norma de requerimientos de información periódica.


VIII. CUESTIONES PREVIAS

8.1. Sobre la conducta procedimental de TELEFÓNICA durante la tramitación de la presente controversia

Conforme se expuso en la sección previa del presente Informe, mediante escrito Nº 5 recibido el 30 de julio de 2015, TELEFÓNICA manifestó su preocupación respecto a la pertinencia, razonabilidad y proporcionalidad de los requerimientos de información efectuados por la STCCO, cuestionando, entre otros aspectos, el plazo en el que fue formulado el Oficio Nº 087-STCCO/2015²² y su falta de motivación.

En relación a este último aspecto, la empresa operadora indicó que el hecho que los requerimientos de información formulados por la STCCO a lo largo del procedimiento adolezcan de una debida motivación, no le permitía ejercer adecuadamente su derecho de defensa, al no serle posible presentar “contrapruebas”, pues desconocía qué busca demostrar la STCCO a través de los reiterados requerimientos. Posteriormente, mediante escrito Nº 7 de fecha 11 de agosto de 2015, TELEFÓNICA presentó comentarios adicionales a lo expuesto en su escrito Nº 5, indicando que no existía riesgo de que al motivar los requerimientos se genere un adelanto de opinión, dado que únicamente se sustentaría la relación entre el requerimiento y la imputación. Asimismo, señaló que el deber de motivación de los requerimientos de información ha sido exigido por la SDC, mediante un precedente de observancia obligatoria recaído en la Resolución 0328-2005/TDC-INDECOPI, en el cual se señaló que no motivar los requerimientos de información efectuados por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, generó una vulneración al debido procedimiento del administrado, señalándose que ante un cuestionamiento sobre el carácter razonable del requerimiento de información, todo órgano de instrucción se encuentra obligado a exponer de manera expresa las razones que lo justifican.

²² Sobre el particular, TELEFÓNICA cuestionó que referido requerimiento de información fuera formulado después de ciento cincuenta (150) días de iniciado el período de investigación.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 23 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

De otro lado, respecto a la razonabilidad y pertinencia de los requerimientos formulados, la empresa operadora señaló que la facultad de requerir información se debe ejercer en estricta observancia del Principio de Razonabilidad, según el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, pues la información relacionada a los Formatos 2, 3 y numerales 7 y 8 del Oficio N° 087-STCCO/2015, no guardarían concordancia con la imputación efectuada en el presente procedimiento, lo cual además, contraviene lo dispuesto en el artículo 72° del Reglamento de Solución de Controversias.

Sobre la base de dichos argumentos, la denunciada solicitó que se le comunique la motivación que sustentaría cada uno de los requerimientos formulados durante la etapa de investigación, explicando expresamente la razonabilidad, proporcionalidad y vinculación directa de la información con la imputación que ha sido efectuada en su contra.

En relación a los argumentos expuestos por la empresa operadora, es preciso señalar que el literal g) del artículo 15° del Reglamento de Solución de Controversias²³, dispone que la STCCO goza de todas las facultades necesarias para realizar indagaciones e investigaciones en su calidad de órgano instructor en los procedimientos que involucren la comisión de una infracción, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia.

Al respecto, el artículo 71° del referido cuerpo normativo²⁴, contempla que esta etapa de investigación de los procedimientos de solución de controversias que involucren la comisión de una infracción, a cargo de la STCCO, se pueda extender hasta un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, siendo que éste podrá ser ampliado por el CCO, de manera excepcional, a solicitud de la STCCO.

En concordancia con ello, tal como lo dispone el artículo 72° del Reglamento de Solución de Controversias²⁵, entre las facultades que pueden ser ejercidas por esta STCCO durante la etapa de instrucción del procedimiento, se encuentra la de solicitar toda la información que estime necesaria a efectos de determinar la comisión de la infracción materia de investigación, tanto a las empresas directamente involucradas, como a empresas no involucradas.

²³ **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 15.- Funciones de la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados. Son funciones de la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados:

(...)


g. Realizar indagaciones e investigaciones, en su calidad de órgano instructor en los procedimientos que involucren la comisión de una infracción, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las instancias de resolución de conflictos del OSIPTEL”.

²⁴ **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 71.- Plazo de la Etapa de Investigación. Concluida la etapa postulatoria, se iniciará la etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica, la cual no podrá exceder de ciento ochenta (180) días calendario. Excepcionalmente, y a solicitud de la Secretaría Técnica, el Cuerpo Colegiado podrá ampliar dicho plazo por un término no mayor a otros treinta (30) días calendario”.

²⁵ **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 72.- Facultad de la Secretaría Técnica de solicitar información. Durante la etapa de investigación la Secretaría Técnica podrá solicitar la información que estime necesaria a efectos de determinar la comisión de la infracción materia de la investigación, tanto a las empresas directamente involucradas, como a empresas no involucradas”.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 24 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Por tanto, el cuestionamiento expuesto por TELEFÓNICA respecto a que el Oficio N° 087-STCCO/2014 del 20 de julio de 2015 habría sido emitido después de ciento cincuenta (150) días de iniciado el período de investigación, no tiene asidero alguno, dado que todos los requerimientos formulados por la STCCO se realizaron durante el plazo previsto para la etapa de instrucción del procedimiento, en el cual precisamente, es deber de la STCCO recabar todos los medios de prueba necesarios a efectos de acreditar la conducta imputada.

No obstante ello, es preciso señalar que, incluso luego de transcurrida la etapa de instrucción, la STCCO se encuentra facultada para tramitar la presente controversia, prestando el apoyo técnico que el CCO requiera para la resolución del presente procedimiento, por lo que no existe ninguna suerte de plazo preclusorio para el ejercicio de sus facultades, tal como fue alegado por la empresa imputada²⁶.

Adicionalmente, cabe indicar que en ejercicio de las facultades conferidas, esta STCCO le requirió a TELEFÓNICA toda la información necesaria que estimó conveniente para determinar su responsabilidad en la conducta imputada; esto es, toda la información tuvo por objeto determinar si dicha empresa estaría incurriendo en actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general a través del uso de su marca “Tuenti” en el mercado de servicios públicos móviles, vulnerando con ello, las normas de conducta que orientan la buena fe empresarial que se derivan de la Ley N° 30083, al participar en dicho mercado con una aparente ventaja significativa frente a los futuros OMV, captando la preferencia de los consumidores y obstruyendo el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.


En tal sentido, tal como le fuere indicado a la propia empresa operadora a través de los requerimientos de información, el objetivo de solicitar dicha información, era evaluar la operación de la empresa TELEFÓNICA a través de su marca “Tuenti” en el mercado de servicios públicos móviles, desde una perspectiva jurídica, económica y técnica; todo ello, a fin de contar con elementos de juicio que permitan resolver la controversia seguida por IDOM contra dicha empresa. Además, resulta evidente que la información solicitada en los requerimientos cuestionados, tenía como objeto evaluar una posible afectación al mercado de servicios públicos móviles, así como cualquier tipo de perjuicio que pudiera generarse a las futuras OMV y a los usuarios de dicho servicio, pues en ello precisamente, consiste la imputación formulada contra la empresa; por tal motivo, la información solicitada contenía datos acerca del número de líneas prepago “Tuenti”, altas, bajas, niveles de acogida de los planes ofrecidos a través

²⁶ **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 15.- Funciones de la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados. Son funciones de la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados:

a. Tramitar los asuntos que se sometan a conocimiento de los Cuerpos Colegiados, a efectos de lo cual cuenta con las facultades para, mediante oficio y previa coordinación con el Cuerpo Colegiado respectivo, señalar día y hora para la realización de informes orales. Asimismo, cuenta con las facultades para mediante oficio y con cargo de dar cuenta al Cuerpo Colegiado respectivo, correr traslado de escritos y poner en conocimiento de las partes los escritos presentados por éstas durante la tramitación del procedimiento dentro de los cinco (5) días de recibido el escrito respectivo, salvo en los casos en que el presente Reglamento establezca algo distinto. Sin embargo, si a criterio de la Secretaría Técnica existe algún asunto que por su trascendencia requiere pronunciamiento del Cuerpo Colegiado, lo pondrá en su conocimiento para que éste adopte las medidas que considere pertinentes.

b. Prestar a los Cuerpos Colegiados el apoyo logístico y técnico que requieran para el cumplimiento de sus funciones. (...).”

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 25 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

de dicha marca, las condiciones de uso y operación del servicio ofrecido, características técnicas del mismo, estrategia comercial de la empresa a través de su marca “Tuenti” en el mercado, entre otros aspectos relevantes para determinar una posible afectación al proceso competitivo derivado de una conducta contraria a la buena fe empresarial por parte de TELEFÓNICA.

En efecto, tal como indica TELEFÓNICA en sus argumentos, la jurisprudencia administrativa²⁷ ha señalado que ante un cuestionamiento acerca del carácter razonable del requerimiento de información formulado en un procedimiento administrativo, la autoridad se encuentra obligada a exponer de manera expresa las razones que justifican el requerimiento de información; siendo que, dicha exposición debe reiterar la base normativa que otorga a la autoridad la facultad de requerir información; el plazo en el que deberá facilitarse la información y las sanciones por la presentación de información falsa o por el incumplimiento en la entrega de la misma, conforme lo dispone la normativa de materia.


Así, conforme habrá podido advertir la propia TELEFÓNICA, la STCCO ha desarrollado esta motivación en cada uno de los Oficios remitidos durante la etapa de instrucción del procedimiento²⁸, indicándole, entre otros aspectos: i) las razones que justificaban el requerimiento; ii) la base normativa que otorga a la STCCO facultades de requerir información; iii) el plazo de cumplimiento; y, iv) las sanciones aplicables en caso de incumplimiento, de conformidad con el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

En tal sentido, no resultan atendibles los cuestionamientos formulados por TELEFÓNICA, puesto que la referencia a la jurisprudencia administrativa citada en sus diversos escritos, establece un precedente de observancia obligatoria a los órganos resolutivos del INDECOPI para un caso totalmente distinto al evaluado en el presente procedimiento. En efecto, de acuerdo a dicho pronunciamiento, se establecen lineamientos para determinar la nulidad de un procedimiento ante una omisión por parte de la autoridad al momento de absolver los cuestionamientos de un administrado respecto de la razonabilidad de los requerimientos de información formulados; no obstante en el presente caso, la STCCO ha dado respuesta a cada uno de sus cuestionamientos, motivando expresamente entre otros aspectos, las razones que lo sustentaban, la base legal, el plazo otorgado para dar cumplimiento a dicho requerimiento, y las sanciones que podrían aplicársele en caso incumpliese con el mismo, compartiendo además el mismo criterio que la SDC. Adicionalmente, a diferencia de lo ocurrido en el caso desarrollado por la jurisprudencia del INDECOPI, en este caso en concreto, TELEFÓNICA ha tenido pleno conocimiento del contenido y alcance de la imputación en su contra, y por tanto de la presunta afectación al mercado móvil que la STCCO pretendería acreditar con los medios probatorios solicitados.

De otro lado, TELEFÓNICA argumentó que la información requerida por la STCCO no sería pertinente para determinar su responsabilidad en los hechos denunciados; sin embargo, debe tenerse en claro que la STCCO utilizará esta

²⁷ Criterio desarrollado en la Resolución N° 0328-2005/TDC-INDECOPI de fecha 18 de marzo de 2005, recaída en el expediente N° 002-2004/CLC en el procedimiento seguido de oficio contra Clorox Perú S.A.

²⁸ Revisar los Oficios N° 043-STCCO/2015, N° 087-STCCO/2015 y N° 093-STCCO/2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 26 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	


información, precisamente, para determinar si existe una infracción a la norma de represión de competencia desleal, siendo que el análisis de la vinculación entre los medios probatorios del expediente y la conducta imputada en el procedimiento, esto es, la actividad probatoria del procedimiento, constituye una obligación que será realizada en el presente Informe Instructivo, pues la valoración de los medios probatorios debe realizarse a efectos de verificar y probar los hechos que se imputan o sirven de base a la resolución del procedimiento y no durante la etapa de investigación del mismo. Por tanto, el análisis de la STCCO respecto de la información proporcionada por la empresa operadora en el procedimiento se encontrará contenido en el presente Informe, siendo el caso que, TELEFÓNICA podrá presentar sus comentarios y alegatos al contenido de dicho documento, en la etapa prevista para tal efecto.

Asimismo, respecto al argumento sobre la supuesta indefensión de TELEFÓNICA al no permitírsele ejercer su derecho de defensa debido a que los requerimientos de información adolecerían de una debida motivación y por tal motivo no podrían ofrecer las “contrapruebas” necesarias para desvirtuar la denuncia formulada en su contra; es preciso recordarle que desde el inicio del presente procedimiento TELEFÓNICA ha tenido conocimiento del contenido y alcances de la imputación formulada en su contra, así como de los actos constitutivos de la infracción que la STCCO pretendería acreditar en el procedimiento.

En efecto, dentro del presente procedimiento, TELEFÓNICA ha contado con todas las garantías inherentes al debido procedimiento. La empresa investigada ha sido informada oportunamente sobre la imputación formulada en su contra y ha tenido expedito su derecho a acceder al expediente en todo momento. Asimismo, la empresa ha tenido la oportunidad de presentar sus descargos y realizar toda la actividad probatoria que ha considerado conveniente. Además, contará con la posibilidad de presentar su posición y comentarios respecto de la investigación y valoración de los medios probatorios desarrollada por la STCCO en el presente Informe Instructivo, y posteriormente, tendrá la posibilidad de impugnar la resolución final que emita el CCO, en caso no se encuentre acorde con sus intereses.

Luego de haber desarrollado los cuestionamientos formulados por TELEFÓNICA, resulta necesario que la STCCO realice algunos comentarios entorno a diversos aspectos relacionados a la conducta que ha evidenciado la denunciada a lo largo de la etapa de instrucción del presente procedimiento. Ello, con la finalidad de ponerlos en conocimiento del CCO a efectos de que sean tomados en consideración en la oportunidad debida.

En primer lugar, es preciso recordar que mediante escrito N°4 de fecha 26 de mayo de 2015, TELEFÓNICA indicó entre otros aspectos, que no existían líneas que pertenecieran a “Tuenti”, sino líneas prepago habilitadas para contratar alguno de los paquetes o recargas promocionadas bajo la marca “Tuenti”. Asimismo, mediante escrito N° 5 de fecha 30 de julio de 2015, la empresa operadora explicó el procedimiento implementado para permitir que los usuarios del servicio móvil prepago de TELEFÓNICA bajo la marca “Movistar” puedan contratar recargas promocionadas bajo la marca “Tuenti”, precisando que el término “migración” empleado por la STCCO en su requerimiento de información, podría prestarse a confusión al asociársele a la portabilidad de una línea móvil

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 27 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	


de un operador a otro, siendo que en el presente caso, nos encontrábamos bajo un escenario de “cambio de plan”, toda vez que los clientes de TELEFÓNICA simplemente habían “efectuado un cambio de plan” para poder adquirir paquetes promocionados bajo la marca “Tuenti” que pertenece a TELEFÓNICA. En tal sentido, la empresa operadora indicó a la STCCO, que los clientes con líneas prepago con planes tarifarios bajo la marca “Movistar” podían efectuar su cambio hacia los **planes tarifarios** bajo la marca “Tuenti”, manteniendo su número o solicitando uno nuevo, previa presentación de una solicitud de cambio de plan a través de la página web o de manera presencial.

Ahora bien, a efectos de contrastar la información presentada por la referida empresa operadora, a través del Oficio N° 088-STCCO/2015 del 20 de julio de 2015, la STCCO le solicitó a la GPRC, detallar cuales eran los planes tarifarios de los servicios móviles que eran reportados por TELEFÓNICA, a través de todas las modalidades de contratación (pre-pago, post-pago, consumo controlado), en atención a la norma de requerimientos de información periódica para el cuarto trimestre de 2014 y primer trimestre de 2015, periodos en los cuales la referida empresa habría ofrecido en el mercado, los “planes tarifarios” para el servicio móvil prepago.

En atención a dicho pedido, a través de la carta C.019-GPRC/2015 recibida el 23 de julio de 2015, la GPRC informó a esta STCCO el detalle de todos los planes tarifarios de los servicios móviles reportados por TELEFÓNICA, a través de todas las modalidades contractuales para dichos trimestres, **entre los cuales se evidenció que la mencionada empresa operadora no habría reportado los planes tarifarios prepago comercializados bajo la marca “Tuenti”,** pese a que el Anexo II de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2012-CD/OSIPTEL, norma de requerimientos de información periódica, dispone que las empresas operadoras de telecomunicaciones se encuentran obligadas a reportar de forma trimestral, el número de líneas en servicio por plan tarifario, desagregadas por modalidad contractual (líneas prepago, post-pago y de consumo controlado), tipo de plan (comercial o residencial) con una periodicidad mensual y vigencia.

En consecuencia, ante esta constatación, la STCCO mediante Oficio N° 087-STCCO/2015 remitido el 20 de julio de 2015, decidió requerirle a TELEFÓNICA que presente el Formato 6, pues, si bien el número mensual de líneas prepago en servicio de TELEFÓNICA constituye información pública que reportan las empresas operadoras en atención a la norma de requerimientos de información periódica y se encuentra publicada en la página web del OSIPTEL; esta STCCO no estaba convencida de que las líneas comercializadas bajo los planes prepago “Tuenti”, se encontrasen comprendidas en el número total de líneas móviles prepago reportadas al OSIPTEL, pues aparentemente, las líneas prepago “Tuenti” nunca habrían sido reportadas al OSIPTEL en el marco del requerimiento de dicha norma de información periódica.

Sin embargo, mediante escrito N° 5 de fecha 30 de julio de 2015, TELEFÓNICA cuestionó, entre otros aspectos, que la STCCO hubiera incluido como parte de su requerimiento, información que obra en poder del OSIPTEL, esto es, la empresa argumentó que la información referida al Formato 6 podía ser obtenida a través de una simple operación aritmética entre el número mensual de líneas móviles prepago en servicio de TELEFÓNICA – información que consta en la

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 28 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

página web del OSIPTEL – y el número de líneas en servicio promocionadas bajo la marca “Tuenti”, que fuere entregada mediante su escrito N° 2, para el período de octubre a marzo de 2014.

Otro aspecto que podrá ser tomado en cuenta por el CCO, es el hecho que la empresa presentó información discordante referida al número de “Líneas prepago Tuenti” contenidas en el Formato 6 en cuestión pues, al realizar una comparación entre lo reportado en el escrito N° 5 respecto del Escrito N° 6 para el período de abril a junio de 2015, las cifras no coincidían.


Al respecto, cabe precisar que TELEFÓNICA se limitó a indicar que en su escrito N° 5 había manifestado que no contaba con la información oficial del total de líneas prepago correspondientes al segundo trimestre de este año, por lo que presentó información sobre el número mensual de líneas prepago en servicio de Telefónica, excluyendo aquellas comercializadas bajo la marca “Tuenti” para el período de octubre de 2014 a marzo de 2015. Además, indicó que los datos consignados en el Formato 6, referidos al número de líneas prepago “Tuenti” para el período de abril de 2015 a junio de 2015, no podrían considerarse como información definitiva.

Sobre el particular, se puede observar que lo que indicó TELEFÓNICA en su escrito N° 5 fue que no contaba con información oficial respecto de las líneas prepago de TELEFÓNICA; sin embargo, la discordancia detectada en esta oportunidad, se centró en las líneas prepago “Tuenti”, respecto de la cual no hizo ningún tipo de precisión. Por el contrario, inclusive TELEFÓNICA remitió su escrito N° 6 sin efectuar algún tipo de aclaración a la STCCO, es decir, cambiando la información previamente remitida sin advertir que había cometido un error en la consignación del número de líneas “Tuenti”, lo cual derivó en que la STCCO despliegue una doble labor estadística y analítica sobre la misma información, entorpeciendo su labor de instrucción.

Adicionalmente, de lo analizado hasta este momento, la STCCO puede evidenciar que TELEFÓNICA mantiene la información referida a las líneas prepago “Tuenti” de manera separada a las líneas prepago móvil, ya que ésta no ha sido reportada al OSIPTEL en el marco de la norma de requerimientos de información periódica, siendo que ésta ha estado a “disposición de TELEFÓNICA” incluso cuando se pidió la actualización al período de abril a junio de 2015, a diferencia de lo que ocurría con las líneas móviles prepago.

Por tanto, como ha quedado evidenciado de una constatación efectuada con la GPRC, se ha podido advertir que la denunciada habría realizado afirmaciones inexactas a esta STCCO, puesto que ésta no viene reportando las líneas prepago “Tuenti” dentro de los planes prepago, en cumplimiento de la normativa de requerimientos de información periódica. En tal sentido, las líneas móviles prepago de TELEFÓNICA reportadas al OSIPTEL desde el cuarto trimestre de 2014 a la fecha, no incluyen aquellas comercializadas bajo los planes “Tuenti”, por lo que incluso resulta inexacto afirmar que la información requerida en el Formato 6, podía ser obtenida de una simple operación aritmética, empleando como base la información reportada al OSIPTEL.

Ahora bien, pese a los múltiples cuestionamientos y objeciones para presentar el Formato 6 referida al número mensual de líneas móviles prepago de

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 29 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

TELEFÓNICA, excluyendo aquellas líneas bajo las cuales es posible adquirir paquetes promocionados bajo la marca “Tuenti”, mediante escrito N° 8 la referida empresa operadora, adjuntó dicha información, manifestando que su presentación había significado asumir costos y cargas adicionales para la empresa, especialmente si se tiene en cuenta que el plazo otorgado para la presentación de las líneas prepago móviles es mayor, en función a la norma de requerimientos de información periódica.

Al respecto, esta STCCO le recuerda a TELEFÓNICA que si bien la Norma de Requerimientos de Información Periódica establece un plazo mucho mayor para la presentación de la información correspondiente al segundo trimestre del presente año (vence casi dos meses después de finalizado el trimestre); ello se debe a que las empresas operadoras deben remitir información no sólo respecto al número de líneas móviles prepago, sino respecto de todos los servicios de telecomunicaciones que ofrecen en el mercado, y con un nivel de detalle, en algunos casos, sumamente específico, tal como se desprende de una simple revisión de los Anexos de dicha norma.

En tal sentido, sorprende a esta STCCO que la imputada realice este tipo de afirmaciones al ser una empresa especializada en el sector y acostumbrada a reportar periódicamente al OSIPTEL en función a la Norma de Requerimientos de Información Periódica y más aún, porque debe tener en cuenta la relevancia de la información que se le requiere y la carga que asume al ser parte imputada en el presente procedimiento ante las instancias de solución de controversias.


Por tanto, no se trata de proporcionar a la autoridad la información que tenga disponible, sino que como es de su conocimiento, las empresas operadoras sujetas a un procedimiento de controversias, se encuentran obligadas a generar la información que se les requiera, salvo que medie un motivo justificado que impida la elaboración de dicha información, por lo que no resulta atendible el argumento planteado por la empresa operadora.

En atención a lo expuesto, los hechos previamente descritos podrían constatar no sólo un presunto incumplimiento en la entrega de información obligatoria contemplada en la Norma de Requerimientos de Información Periódica, sino que además, aparentemente habría proporcionado información inexacta a este Órgano Instructor, pues habría informado que los servicios móviles prestados a través de su marca “Tuenti” serían planes tarifarios del servicio móvil prepago ofrecido por TELEFÓNICA, pese a que en los hechos la empresa no les brindaría el tratamiento de planes tarifarios al no haberlos considerado de esta forma cuando los reporta al OSIPTEL de manera trimestral. De otro lado, la discordancia en la información proporcionada a la STCCO ocasionó un entorpecimiento en sus labores pues derivó en el despliegue de una doble labor estadística y analítica sobre la misma información.

En relación a ello, debe señalarse que, el artículo 29º del Reglamento de Solución de Controversias, establece que la información presentada ante la STCCO en el marco de una controversia tiene el carácter de declaración jurada²⁹,

²⁹ **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 29.- Declaración jurada. Toda la información que se presente o proporcione a los funcionarios de las instancias de solución de conflictos del OSIPTEL, en el marco del presente Reglamento, tendrá el carácter de declaración jurada.”

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 30 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

y como tal, toda empresa debe observar un estricto cuidado en la recopilación y presentación de la misma.

Adicionalmente, dicha obligación también se encuentra recogida en el artículo 42° de la LPAG, el mismo que dispone que, la información incluida en los escritos que presenten los administrados para realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos³⁰. En el mismo sentido, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 56° de la LPAG, los administrados tienen la obligación de comprobar previamente a su presentación ante la Entidad, la autenticidad de la documentación o información que presenten a la Autoridad Administrativa, en el marco de un procedimiento administrativo³¹.

Por tanto, las empresas operadoras se encuentran obligadas a que la información entregada al OSIPTEL sea cierta, veraz y definitiva, por ello, teniendo en consideración la importancia de la calidad que debe tener la información proporcionada al OSIPTEL, el artículo 9° del RFIS³² califica como infracción grave la remisión de información inexacta.

Al respecto, es preciso señalar que el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL ha determinado – precisamente en un procedimiento sancionador iniciado contra TELEFÓNICA³³- que las empresas sujetas a un procedimiento de solución de controversias son responsables por la información que proporcionan, exigiéndoseles un estándar de diligencia tal, que las conlleve a verificar dicha información, más aún cuando ésta servirá para realizar el análisis de las conductas que eventualmente, podrían constituir infracciones a las normas regulatorias o del marco de la libre y leal competencia.

Por tanto, tomando en cuenta la importancia del cumplimiento del requerimiento de información formulado por esta STCCO, ésta es de la opinión que atendiendo al contenido de las comunicaciones antes referidas, la empresa investigada no tuvo una correcta disposición a colaborar con la investigación de la conducta bajo análisis, básicamente por haber entregado información discordante, así como por haberse comportado en contravención al Principio de Conducta Procedimental, contenido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG; actuación procesal que podría tenerse en cuenta al momento de determinar la gravedad de la infracción y su gradación, de ser el caso, de

³⁰ LPAG

“Artículo 42.- Presunción de veracidad

(...)

42.1 Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario.”

³¹ LPAG

“Artículo 56.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento

Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales:

(...)


4. Comprobar previamente a su presentación ante la entidad, la autenticidad de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad.”

³² Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL

“Artículo 9°.- Entrega de información inexacta

La Empresa Operadora que haga entrega de información inexacta incurrirá en infracción grave”.

³³ Al respecto, revisar la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 001-2014-CCO-PAS/OSIPTEL del 29 de enero de 2014, recaída en el expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC- Procedimiento Sancionador, en el procedimiento iniciado de oficio contra TELEFÓNICA por la presentación de información inexacta.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 31 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

conformidad con lo señalado por el artículo 53° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal³⁴.

8.2. Sobre la supuesta nulidad del procedimiento por una contravención al principio de legalidad

Por Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL, se imputó a TELEFÓNICA una presunta infracción al artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, toda vez que, a través de su marca “Tuenti” podría contravenir la exigencia de buena fe empresarial en el mercado de servicios públicos móviles contenida en la Ley N° 30083, esto es, participar en dicho mercado bajo la figura de una marca comercial nueva, obteniendo una aparente ventaja competitiva ilícita frente a los futuros OMV y captando la preferencia de los consumidores obstruyendo el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

En su escrito de descargos, TELEFÓNICA solicitó la nulidad de la imputación formulada mediante Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL por una presunta infracción al artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, toda vez que se habría efectuado una imputación indebida, afectándose de este modo el principio de legalidad y el sub principio de tipicidad que rige al procedimiento administrativo. De acuerdo a dicha empresa, se estaría utilizando la cláusula general, para forzar determinadas conductas que de ser evaluadas bajo otro tipo infractor, serían lícitas.

Así, la denunciada manifiesta que la conducta imputada, debería ser analizada bajo el supuesto de violación de normas, tipificado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal pues, el sustento de la denuncia, de acuerdo a TELEFÓNICA, es que ésta se encontraría actuando en el mercado móvil con su segunda marca “Tuenti”, como una OMV, infringiendo la prohibición establecida en el numeral 2) del artículo 4° de la Ley N° 30083³⁵. Sin embargo, la STCCO no ha imputado cargos a TELEFÓNICA sobre la base del referido tipo, pues según lo señalado por la propia IDOM, de ser este el caso, la denuncia debería ser considerada improcedente. En tal sentido, en la medida

³⁴ **Ley de Represión de la Competencia Desleal**

“Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.-

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
b) La probabilidad de detección de la infracción;
c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
d) La dimensión del mercado afectado;
e) La cuota de mercado del infractor;
f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal”.


³⁵ **Ley N° 30083**

“Artículo 4.- Condiciones para la operación de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural

Las condiciones para la operación de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural son las siguientes:

(...)

4.2 Los operadores móviles con red no pueden tener vinculación legal ni económica con algún operador móvil virtual que acceda a su red.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 32 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

que existe un tipo específico bajo el cual debe ser evaluada la presunta conducta, ésta no podría encajar en el supuesto de cláusula general.

Sobre el particular, es preciso señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 10° de la LPAG, un acto administrativo será nulo, cuando, entre otros, contravenga una ley³⁶.

Según lo dispuesto en el numeral 1.14 del artículo IV del Título Preliminar del referido cuerpo normativo, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho³⁷, siendo que de conformidad al principio de legalidad consagrado en el artículo 2° inciso 24° literal d) de la Constitución, *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*.

De acuerdo al Tribunal Constitucional, el referido principio en materia sancionadora, *“impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Cfr. Expediente N° 010-2002-AI/TC), este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa)”*³⁸.

Sin embargo, tal y como lo señala el máximo intérprete de la Constitución, no debe confundirse el principio de legalidad con el de tipicidad, puesto que *“el primero se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, mientras que el segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta.”*³⁹.

(...)”.

³⁶ LPAG

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expesos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.”

³⁷ LPAG

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo


1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios para los que les fueron conferidas.

(...)

1.1. Principio de legalidad.- *Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”*

³⁸ Al respecto, ver sentencia del 24 de agosto de 2010, recaída en el Expediente N° 00197-2010-PA/TC, asunto: Javier Pedro Flores Arocutipá.

³⁹ Al respecto, ver sentencia del 16 de abril de 2002m recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, asunto: Carlos Israel Ramos Colque.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 33 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Ciertamente, el artículo 230º inciso 4º de la LPAG establece con relación al principio de tipicidad que, *“solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogías”*, por lo que se requiere la dación de una ley específica a efectos de que se tipifiquen determinadas conductas como infracciones punibles. Por tanto, se puede entender la tipicidad como la identificación precisa de una conducta en la norma legal, cuya finalidad es interpretar y determinar responsabilidades respecto al presunto infractor.

Es así que, el principio de tipicidad tiene características especiales cuando se aplica al Derecho Administrativo, puesto que no es posible establecer un catálogo absoluto de conductas infractoras, como ocurre en materia penal, siendo la tipificación suficiente *“cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”*⁴⁰.


Al respecto, de forma preliminar es preciso indicar que el artículo 6º de la Ley de Represión de la competencia desleal recoge una tipificación general de todas las conductas desleales y constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230 inciso 4º de la LPAG, esto es, contiene una prohibición y mandato de sanción de todos los actos de competencia desleal, siendo que el Capítulo II del Título II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal contiene un listado enunciativo de las conductas desleales más comunes, sin hacer mención a una prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas por el artículo 6º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, ya que su finalidad es brindar orientación a los administrados a efectos que puedan estar en posibilidad de discutirlos en el procedimiento⁴¹.

En tal sentido, la cláusula general contenida en el artículo 6º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal es, para todos los efectos legales, el tipo identificador de las conductas prohibidas. En efecto, la cláusula general tipifica los actos de competencia desleal, señalando que su elemento determinante consiste en la contravención a la buena fe comercial, es decir, en la realización de conductas contrarias a la ética que normalmente debe regir las actividades económicas en el mercado.

Sin perjuicio de ello, al momento de admitir a trámite la denuncia o de iniciar un procedimiento sancionador, la STCCO debe poner en conocimiento de la empresa investigada, las imputaciones exactas que se hacen en su contra a fin que pueda ejercer su derecho de defensa, esto es, el Órgano Instructor deberá poner en conocimiento de la empresa investigada los hechos objetos del procedimiento, así como las posibles modalidades de actos de competencia desleal que podrían configurar dichos hechos, a fin que el administrado pueda estar en posibilidad de discutirlos a lo largo del procedimiento.

⁴⁰ NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos, 2000. p. 293. *“La descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas sólo conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a las nulidades de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar”*.

⁴¹ Precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual Nº 455-2004-TDC-INDECOPI del 10 de setiembre de 2004, recaída en el Exp. 032-2002-CCD.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 34 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	


Teniendo en cuenta lo antes señalado, corresponde analizar la alegación de nulidad formulada por TELEFÓNICA. Conforme ha sido explicado, la aplicación de la cláusula general, se circunscribirá a aquellos supuestos en los que específicamente no exista una conducta enunciada en el Capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, pues por su novedad o singulares características, el legislador no ha previsto tipificarlas expresamente en el listado enunciativo, sin embargo, resultan sancionables directamente en virtud de la cláusula general.

En tal sentido, si la conducta infractora a todas luces encaja en un supuesto expresamente tipificado, tal como el de violación de normas, la autoridad está obligada a imputar la conducta por la referida infracción, sin poder utilizar a la cláusula general como un cajón de sastre. Ello conlleva a considerar que, en caso de los hechos se observe que un administrado que concurre en un determinado mercado vulnera la buena fe empresarial que rige en éste, sin que la conducta encaje en algún supuesto tipificado expresamente en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la autoridad se encuentra obligada a analizar los hechos presuntamente infractores bajo un supuesto de cláusula general.

Ello, debido a que la cláusula general contenida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado, entendida como aquella competencia guiada por la buena fe comercial y el respeto a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas, por lo que la autoridad se encuentra obligada a velar por el bien jurídico tutelado por dicha norma, el cual consiste precisamente en la concurrencia justa, ajustada a las normas de corrección que dispone el ordenamiento jurídico, en beneficio del mercado.

El criterio antes señalado ha sido seguido en reiteradas oportunidades por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI. En efecto, mediante la Resolución Nº 2976-2012/SC1-INDECOPI del 25 de octubre de 2012, recaída en el Expediente Nº 215-2011/CCD, la Sala de Defensa de la Competencia 1 –actual SDC-, manifestó que “la cláusula general debe reservar su uso solo a aquel escenario en que la conducta denunciada tenga características propias y atípicas que no se asemejan a alguna de las figuras infractoras ya enunciadas en la ley (...).” (Énfasis agregado)

En la misma línea se encuentra lo señalado en la Resolución Nº 3156-2012/SDC-INDECOPI del 19 de noviembre de 2012, recaída en el Expediente Nº 121-2011/CCD, donde la SDC manifestó que “la cláusula general debe reservar su uso solo a aquel escenario en que la conducta denunciada tenga características propias y atípicas que no se asemejan a alguna de las figuras infractoras ya enunciadas en la ley. Contrariamente, esto es, ante la comprobación de que la conducta enjuiciada se corresponde con alguna de las conductas enunciadas en el Capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la imputación sólo es viable bajo esa modalidad específica (...).” (Énfasis agregado)

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 35 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

De lo antes expuesto, se observa que en caso los hechos denunciados no encuentren una calificación típica suficiente en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, pero éstos denoten indicios de una afectación al mercado contraria a la buena fe empresarial, la autoridad se encuentra obligada a encausar la conducta e imputar presunta infracción a la cláusula general, con el objeto de proteger el bien jurídico tutelado por la referida norma.

Ciertamente, tal como se observa de la jurisprudencia del INDECOPI, únicamente en aquellos casos en que la conducta denunciada encuentre una calificación típica suficiente y la autoridad no encause la denuncia bajo dicho supuesto, la imputación de cargos será nula.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, corresponde analizar las alegaciones de TELEFÓNICA. Respecto al supuesto de violación de normas, el artículo 14º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, señala lo siguiente:

LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

(...)

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

- a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,
- b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

Como se puede observar, para que se configure un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, se deberá acreditar que el presunto infractor ha obtenido una ventaja significativa derivada de la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente que evidencie la infracción a una norma imperativa o, que la persona que deba contar con una autorización, contrato o título para desarrollar determinada actividad no cuente con éste.

De acuerdo a los términos planteados por TELEFÓNICA en su escrito de descargos, la autoridad debió encausar la denuncia, toda vez que lo que realmente quiso cuestionar IDOM es una presunta infracción por parte de dicha empresa, a través de su marca “Tuenti”, al artículo 4.2 de la Ley Nº 30083⁴². En dicho supuesto, el CCO debió rechazar la denuncia, ya que no se cuenta con una decisión previa y firme que acredite tal vulneración a una norma imperativa.

Contrariamente a lo alegado por TELEFÓNICA, esta STCCO considera que los hechos denunciados no encajan en el supuesto de violación de normas; siendo

⁴² LEY Nº 30083


“Artículo 4. Condiciones para la operación de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural

Las condiciones para la operación de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural son las siguientes:

(...)

4.2 Los operadores móviles con red no pueden tener vinculación legal ni económica con algún operador móvil virtual que acceda a su red.

(...)”

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 36 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

que, la presunta infracción denunciada, no cuenta con una calificación típica suficiente que la haga subsumirse en algún supuesto contenido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Conforme se señaló en el apartado previo, la presente controversia discurre sobre una presunta infracción al artículo 6º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, toda vez que TELEFÓNICA a través de su marca “Tuenti”, podría contravenir la exigencia de buena fe empresarial en el mercado de servicios públicos móviles contenida en la Ley Nº 30083, esto es, participar en dicho mercado bajo la figura de una marca comercial nueva captando la preferencia de los consumidores y obteniendo una aparente ventaja competitiva ilícita en perjuicio del adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Como se puede apreciar, la presunta infracción imputada, no versa sobre una contravención a un artículo específico de la Ley Nº 30083, sino respecto a las reglas de conducta de la industria que expone dicha norma para que determinados agentes guíen su actuación en el mercado de servicios públicos móviles. La referida imputación, por tanto, no constituye una calificación típica suficiente de algún supuesto infractor contenido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Por el contrario, dada las particulares características de la conducta desarrollada por TELEFÓNICA, ésta no podría encajar en ninguna conducta expresamente enunciada en el Capítulo II de la referida ley, siendo que además, de los términos de la denuncia presentada por IDOM, esta STCCO pudo advertir la existencia de indicios de una contravención a la buena fe empresarial en el mercado de servicios móviles, por lo cual se decidió iniciar el presente procedimiento bajo una presunta infracción a la cláusula general.


En tal sentido, no se observa vulneración alguna al principio de legalidad ni sub principio de tipicidad que rigen el ordenamiento, toda vez que, la STCCO ha actuado conforme a ley, cumpliendo con poner en conocimiento de TELEFÓNICA los hechos objeto del procedimiento así como la modalidad de acto de competencia desleal que podrían configurar, por lo que no se observa vicio de nulidad alguno.

8.3. Sobre la supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias

En su escrito de descargos de fecha 12 de febrero de 2015, TELEFÓNICA señaló que OSIPTEL se había pronunciado públicamente señalando que “Tuenti” no constituye una OMV⁴³, sino que se trataría de *“una marca comercial de la empresa Telefónica del Perú S.A.A., por lo que no puede registrarse como una empresa distinta. En este sentido, la empresa Telefónica del Perú S.A.A., es la titular de la concesión de los servicios públicos de telecomunicaciones que se comercializan bajo dicha marca”*.

Adicionalmente, mediante su escrito Nº 03 de fecha 03 de mayo de 2015, TELEFÓNICA remitió tres (03) presentaciones en Power Point que contenían información referida a la creación, lanzamiento y expansión de la marca “Tuenti”

⁴³ TELEFÓNICA hizo referencia a una nota periodística publicada en el Diario El Comercio el día 28 de octubre de 2014. Al respecto, ver: <http://elcomercio.pe/economia/negocios/osiptel-tuenti-solo-producto-mas-telefonica-noticia-1767284> (última vista, el 21 de agosto de 2015).

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 37 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

en el Perú, que habría sido puesta en conocimiento (de manera previa a su lanzamiento) de altos funcionarios del OSIPTEL. Adicionalmente, en su escrito N° 04 de fecha 26 de mayo de 2015, TELEFÓNICA argumentó que en dicha reunión, los funcionarios del OSIPTEL no habrían efectuado ningún tipo de cuestionamiento a la información relacionada a la operación de TELEFÓNICA a través de su marca “Tuenti”.

En tal sentido, TELEFÓNICA argumenta que OSIPTEL habría manifestado su consentimiento expreso -incluso de manera pública- para que pueda operar en el mercado prestando servicios móviles a través de su marca “Tuenti”, siendo el caso que, su actuación a través de la marca en cuestión, sería una conducta lícita en el mercado móvil, autorizada por el propio OSIPTEL.


Es de entender que, la argumentación planteada por TELEFÓNICA cuestionaría la competencia de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL para conocer la materia de fondo del presente caso, siendo que el CCO debería limitar su accionar, o de ser el caso, inhibirse de emitir un pronunciamiento respecto de la actuación de TELEFÓNICA en el mercado a través de su marca “Tuenti”.

Por su parte, IDOM ha indicado en su escrito de denuncia que el hecho que OSIPTEL haya mencionado que “Tuenti” es una marca de TELEFÓNICA, no debería entenderse como un adelanto de opinión de los órganos resolutivos encargados de resolver el presente procedimiento, pues dicha comunicación fue realizada en un contexto diferente al presente procedimiento.

En tal sentido, esta STCCO considera importante desarrollar como cuestión previa, el contenido y alcances de la imputación formulada contra TELEFÓNICA en el presente procedimiento, ello con el objeto de determinar si la conducta sujeta a investigación resulta pasible de ser analizada por las instancias de solución de controversias, o en su defecto, nos encontraríamos ante un supuesto de inhibición de las facultes conferidas a las instancias de solución de controversias.

Conforme fue expuesto previamente, TELEFÓNICA es una empresa operadora de telecomunicaciones, que se encuentra habilitada para prestar el servicio público móvil en todo el territorio nacional, siendo el caso que, el 05 de octubre de 2014, lanzó al mercado su nueva marca “Tuenti” orientada a atender un determinado segmento del mercado móvil que se encuentra liderado por un público joven, a través de ofertas comerciales con una clara tendencia hacia el uso de datos mediante dispositivos móviles.

Con posterioridad a ello, con fecha 13 de noviembre de 2014, IDOM presentó una denuncia contra la mencionada empresa operadora a través de la cual solicitó al CCO que declare que TELEFÓNICA estaría cometiendo actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, vulnerando con ello el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y solicitando que se sancione a dicha empresa por tales actos. IDOM sustentó su denuncia en el hecho que TELEFÓNICA a través de su marca “Tuenti”, estaría actuando bajo los estándares de una OMV aprovechando un vacío legal en la regulación y atentando con ello, contra el proceso competitivo al obtener una ventaja injustificada por ser el “*first player*” en dicho sector del mercado. En tal sentido, indicó que el CCO debía analizar la conducta desarrollada por TELEFÓNICA a

	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2015 Página 38 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

la luz del Principio de Primacía de la Realidad, en vista que la creación de la segunda marca sería un mecanismo desleal de la empresa para evitar crear una persona jurídica distinta a TELEFÓNICA y vulnerar con ello, la razón de ser de la Ley N° 30083, vaciándola de contenido.

Ahora bien, teniendo en cuenta que IDOM no sustentó adecuadamente su denuncia ni presentó medios probatorios que facilitasen la labor de este Órgano Instructor, el CCO consideró que en el presente caso podrían presentarse indicios de posibles infracciones administrativas que harían necesario que la STCCO recabe, de manera previa, mayor información a la proporcionada por IDOM, referida a los aspectos técnicos, económicos y jurídicos que se encontraban en discusión, a efectos que el CCO se pueda pronunciar respecto de la admisión a trámite de la denuncia.

Así, en uso de las facultades conferidas por los artículos 44° y 69° del Reglamento de Solución de Controversias⁴⁴, el CCO dispuso la realización de una etapa de actuaciones previas, a fin que la STCCO, en aplicación del Principio de Verdad Material, pueda reunir información o identificar indicios razonables de contravención a la normativa de competencia desleal que coadyuven al esclarecimiento de los hechos denunciados o, en todo caso, de ser pertinente, encause la denuncia y le dé el trámite correspondiente.


Luego de emitido el Informe de la STCCO N° 001-STCCO/2015 referido al resultado de las indagaciones preliminares, a través de la Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de enero de 2015, el CCO definió los alcances de la imputación formulada contra TELEFÓNICA, indicando que el presente procedimiento versaría sobre la determinación de una posible conducta contraria al artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal por parte de TELEFÓNICA, toda vez que, a través de su marca “Tuenti”, podría contravenir la exigencia de buena fe empresarial en el mercado de servicios públicos móviles contenida en la Ley N° 30083, al participar en dicho mercado bajo la figura de una marca comercial nueva, captando la preferencia de los consumidores y obteniendo una aparente ventaja competitiva ilícita, por ejemplo, al no asumir aquellos costos propios que afrontaría una OMV para operar en dicho mercado.

Es así que, de una revisión del contenido de la imputación formulada contra TELEFÓNICA, se advierte que el presente procedimiento no se agota en determinar la naturaleza jurídica de la marca “Tuenti” o en evaluar si la realización de las actividades económicas en el mercado móvil a través de dicha marca se encuentra vedada por la regulación sectorial; siendo lo relevante en la presente controversia, determinar la licitud de los medios empleados en la competencia por la búsqueda y conservación de la clientela, los cuales son

⁴⁴ **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 69.- *Legitimidad para obrar, requisitos de la denuncia y otros. Con relación a la legitimidad para obrar, actuaciones previas a la admisión de la denuncia, los requisitos de la denuncia, la inadmisibilidad y rechazo de plano, el traslado y la contestación de la denuncia y los requisitos de la contestación, se aplica lo dispuesto en los artículos 42 al 48 del presente Reglamento.*”

“Artículo 44.- *Actuaciones previas a la admisión a trámite de la reclamación.- Presentada la reclamación y con anterioridad a la resolución de admisión a trámite, el Cuerpo Colegiado puede efectuar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de contravenciones al marco normativo. Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles, contados desde la presentación de la reclamación.*”

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 39 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

evaluados a la luz de los parámetros de la buena fe objetiva, contemplados en el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Por tanto, TELEFÓNICA se equivoca al indicar que el contenido de la imputación en su contra consiste en determinar si su marca “Tuenti” es o no una OMV, pues lo que en el presente procedimiento se discute es si, producto de la ventaja inherente propia de sus condiciones particulares como operador móvil con red⁴⁵, estaría utilizando dicha ventaja a través de su marca “Tuenti”, para obtener un beneficio ilícito producto de la vulneración de las directrices de buena fe empresarial que contiene la Ley N° 30083, norma que señala que todos los agentes en el referido mercado deben participar en igualdad de condiciones.

Esto es, el análisis de la conducta desplegada por TELEFÓNICA a través de su marca “Tuenti”, debería tender a demostrar que la empresa habría vulnerado el deber general de conducta que representa el desenvolverse conforme a la eficiencia económica y a las normas de corrección que deben orientar la pugna competitiva en el mercado, obteniendo con ello, una ventaja competitiva ilícita⁴⁶ en perjuicio de sus futuros competidores, a través de la realización de mecanismos que distorsionen u obstruyan el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.


En tal sentido, es preciso indicarle a TELEFÓNICA que el hecho que OSIPTEL haya constatado la realización de una conducta en el mercado (su operación a través de “Tuenti”) al tratarse de una manifestación de la iniciativa empresarial privada de dicha empresa; no podría entenderse como un supuesto en el que haya operado una convalidación tácita que haya librado dicha conducta de la aplicación de las normas de competencia.

De acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, se entiende que OSIPTEL permitió que TELEFÓNICA prestase servicios de telefonía móvil a los usuarios a través de su marca “Tuenti”, sin realizar un análisis ex ante que incorporase posibles infracciones a aspectos relacionados a libre o leal competencia, pues precisamente, dichas infracciones derivadas de su actuación en el mercado, serán pasibles de ser analizadas por las instancias de solución de controversias, en aplicación de las normas de libre y leal competencia.

Adicionalmente, conforme a lo señalado por IDOM, es preciso indicar que la opinión emitida por el OSIPTEL que fuere citada por TELEFÓNICA en su escrito de descargos, se dio en un contexto distinto al evaluado en el presente procedimiento, en el cual evidentemente, este Organismo emitía comentarios respecto al ingreso y operación de la marca “Tuenti” en el mercado móvil; por tanto, no podía pronunciarse de manera ex ante respecto a si la conducta desarrollada por TELEFÓNICA a través de su marca “Tuenti”, resultaba contraria a la buena fe objetiva o si implicaba una afectación al mercado móvil, toda vez que la protección al proceso competitivo a través de la Ley de Represión de la

⁴⁵ Algunas de estas ventajas pueden ser que cuente con infraestructura propia, cuya red sirve de soporte para que los futuros OMV puedan incursionar en el mercado, que además cuenta con un conocimiento especializado del mercado móvil producto de ser un operador establecido hace bastantes años, entre otros aspectos.

⁴⁶ La aparente ventaja competitiva ilícita, podría derivarse de una ventaja económica, por ejemplo, de un ahorro en los costos que los OMV si deberían asumir para operar en el mercado y que TELEFÓNICA no estaría asumiendo.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 40 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Competencia Desleal, es una materia de competencia exclusiva de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL⁴⁷.

En virtud de lo previamente expuesto, esta STCCO considera que no corresponde acoger el cuestionamiento del ejercicio de la facultad de solución de controversias, toda vez que OSIPTEL únicamente ha constatado la realización de una conducta en el mercado, sin evaluar si ésta resulta lesiva al proceso competitivo, pues precisamente la protección de dicho bien jurídico, se encuentra encomendada a las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.

IX. MARCO LEGAL

9.1. Los actos de competencia desleal en la modalidad de cláusula general. Normativa y criterios aplicables.

El artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal recoge la denominada cláusula general prohibitiva de competencia desleal, según la cual, serán calificados como prohibidos y sancionables todos aquellos actos desarrollados por un agente económico que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado, independientemente de la forma que adopten, el medio que permita su realización, o el sector económico en que se manifiesten.

“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”.

Como se puede advertir, los actos de competencia desleal descritos por la cláusula general, son aquellos que se encuentran destinados a captar la preferencia de los consumidores y mejorar el posicionamiento de un agente económico en el mercado por medios distintos a la eficiencia económica, esto es, aquellos que ocasionan un daño ilícito a la posición concurrencial del competidor - reflejado en la detracción de la preferencia de los consumidores- , a través de la realización de conductas desleales que no se basan en el esfuerzo empresarial propio.

⁴⁷ Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones- OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM


“Artículo 51.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función de Solución de Controversias.

Los Cuerpos Colegiados resolverán en primera instancia las controversias que se encuentren bajo la competencia de OSIPTEL. Las apelaciones serán resueltas por el TRIBUNAL, con lo que quedará agotada la vía administrativa.

Artículo 53.- Controversias entre Empresas

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia. En estos casos, antes de resolver la controversia en primera instancia, el órgano funcional deberá solicitar al INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos”.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 41 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Este daño concurrencial ilícito entre los agentes económicos en la pugna competitiva, no es comparable con el daño normal y necesario que se produce entre los agentes durante el proceso competitivo y *“se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia sino en la obstaculización de los competidores”*⁴⁸ a través de *“actos que atentan contra la buena fe objetiva y el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo las reglas de la eficiencia”*⁴⁹.

En el marco de la pugna competitiva, los agentes económicos causan necesariamente un daño concurrencial lícito a sus competidores, pues es producto del propio funcionamiento del mercado, la captación de consumidores a favor de un determinado agente económico y la detracción de clientela para el otro, siendo que, este desplazamiento en la preferencia de los consumidores será lícito cuando se encuentre sustentado en mejores condiciones de contratación, así como en la decisión libre e informada de los consumidores⁵⁰.

En tal sentido, el concepto de lealtad definido en la cláusula general, busca establecer un límite entre las formas lícitas de competir en el mercado que resultan tolerables y deseables por el sistema legal, de aquellas que ocasionan un daño concurrencial ilícito atentando contra el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, por causas ajenas a la eficiencia económica.

Sobre el particular, cabe mencionar que en reciente jurisprudencia del INDECOPI, se ha señalado que una conducta resultará sancionable como infracción individual a la cláusula general cuando represente una actuación obstruccionista en el mercado, esto es, cuando ésta dificulte o entorpezca indebidamente el normal desarrollo de las actividades que un competidor pueda desarrollar en el mercado para satisfacer la demanda de los consumidores, afectándose con ello, el proceso competitivo⁵¹.

En concordancia con ello, el artículo 1° de la ley de represión de competencia desleal, exige que la conducta cuestionada viole un deber general de conducta que perjudique un interés general más allá del interés particular de un agente económico afectado por la conducta, esto es, la referida norma tiene por objeto la protección del orden público económico y no así, la tutela de los intereses particulares de los agentes económicos en el mercado⁵².


⁴⁸ STUCCHI, Pierino (2007) *La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados*. En: Themis 54.

⁴⁹ Ibid. Pg. 289

⁵⁰ Algunas de las mejoras en las condiciones de la oferta, pueden ser ofrecer una mejor calidad de productos y servicios, precios competitivos, entre otras.

⁵¹ Al respecto, revisar la Resolución N° 3542-2012/SDC-INDECOPI del 21 de diciembre de 2012, emitida en el procedimiento seguido entre Respaldo S.A.C. contra Presto Ya S.A.C. y otros.

⁵² En relación a la finalidad de la ley, la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, indica que *“la protección del proceso competitivo implica la tutela de todos los agentes que intervienen en el mercado: los proveedores de bienes o servicios, los consumidores y el orden económico. En este sentido, el Decreto Legislativo se enmarca dentro del modelo social de represión de la competencia desleal, proclamado por las principales legislaciones sobre competencia desleal de raíz romano germánica e implica la protección, no solamente del interés de los concurrentes en el mercado, sino además, del interés de los consumidores y el orden público económico”*.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 42 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Ahora bien, en relación a los alcances de esta prohibición, los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones⁵³ señalan que “(...) **el derecho de los agentes económicos a la libertad de empresa y a concurrir en el mercado debe adecuarse a su deber de competir según los estándares considerados correctos dentro de cada actividad productiva o comercial.** OSIPTEL considera que tales estándares deben ser analizados caso por caso, pero siempre en términos objetivos de acuerdo a los efectos negativos que genera la conducta de los agentes económicos sobre el mercado y no según su intención”. (Énfasis agregado)

Asimismo, respecto a la actuación de un agente económico en el mercado acorde con la normativa de represión de competencia desleal, diversos pronunciamientos de las instancias de solución de controversias⁵⁴ han señalado que a efectos de identificar si la conducta investigada se encuentra prohibida por dicha norma, 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*”.


Siguiendo esta misma línea, las instancias de solución de controversias han determinado que la **conducta esperada** puede ser definida **según las características y usos propios de cada industria**, siendo que en el presente caso, al tratarse de una industria regulada, parte de las reglas de conducta básicas pueden extraerse de la regulación de servicios públicos de telecomunicaciones, pues los principios generales implícitos en esta regulación ofrecen una importante fuente para dar contenido a las cláusulas generales incluidas en las normas de leal competencia.

En atención a dichos criterios, la STCCO deberá tener en cuenta las características y usos propios de la industria de telecomunicaciones, considerando que si un operador de servicios públicos de telecomunicaciones establecido en el mercado brinda un servicio que es soporte de otro, estaría en mejores condiciones de obtener algún tipo de ventaja competitiva ilícita aprovechando las prerrogativas inherentes a su condición de operador establecido, perjudicando a sus rivales, lo cual, podría derivar en un acto de competencia desleal.

Por tanto, la STCCO deberá evaluar si los beneficios directos o indirectos derivados de ser una empresa con las características antes descritas, pueden constituir una conducta que se desarrolla en el mercado desviándose de la buena fe empresarial, para brindar un servicio en condiciones más favorables frente a los demás operadores en el mercado, en perjuicio del adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

⁵³ Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados por la Resolución de Consejo Directivo Nº 075-2002-CD/OSIPTEL. Página 7.

⁵⁴ Al respecto, revisar las siguientes Resoluciones del Cuerpo Colegiado del OSIPTEL: i) Resolución Nº 006-2008-CCO/OSIPTEL de fecha 26 de noviembre de 2008, recaída en el expediente Nº 002-20014-CCO-ST/CD, en el procedimiento iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A.; y, ii) Resolución Nº 014-2011-CCO/OSIPTEL de fecha 16 de agosto de 2011, recaída en el expediente Nº 001-2011-CCO-ST/CD-LC, en la controversia entre Cable TV Maxuy S.A.C. y Televisión del Valle S.A.C.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 43 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

De otro lado, cabe mencionar que, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵⁵, la cláusula general establecida en el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, es el tipo legal que identifica las conductas desleales susceptibles de ser sancionadas por la autoridad, siendo que, las conductas descritas expresamente en el Capítulo II de la mencionada norma, constituyen un listado enunciativo de actos de competencia desleal que permite de manera complementaria, contar con una mayor claridad sobre las conductas más frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal.

Así, conforme ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia tanto del INDECOPI como del OSIPTEL⁵⁶, la cláusula general constituye una figura de aplicación supletoria, en tanto no exista un supuesto específico comprendido dentro del catálogo de supuestos más comunes enunciados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por lo que su aplicación debe reservarse a aquel escenario en que la conducta denunciada tenga características propias y atípicas que no se asemejen a alguna de las figuras infractoras enunciadas en el Capítulo II de la norma.

De lo previamente expuesto, se concluye que, la realización de las conductas desleales enunciadas expresamente en la referida norma, constituyen también una infracción a la cláusula general; no obstante, en el supuesto en que existan actos de competencia desleal que, por su novedad o singulares características, no se encuentren previstos expresamente en la lista enunciativa, éstos resultaran sancionables de manera directa a través de la cláusula general. Es así que, cuando se invoque la aplicación de la cláusula general de manera independiente, como sucede en el presente caso, ésta cumple un papel residual que permite la incorporación de cualquier otra conducta que revista las características de un acto de competencia desleal y no se encuentre tipificado en la lista enunciativa.


Al respecto, es preciso señalar que, si bien la cláusula general proporciona una herramienta de gran utilidad para investigar y sancionar prácticas desleales cada vez más complejas que se vienen desarrollando en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, producto de la rápida modificación de las condiciones del mercado y la aparición de servicios con nuevas características técnicas derivados de la convergencia tecnológica⁵⁷; ello, no debe implicar una falta de rigurosidad en el análisis de la conducta analizada por parte de la agencia de competencia.

Por el contrario, el OSIPTEL, a través de sus Cuerpos Colegiados deberá ser especialmente riguroso en verificar que se cumplan todos los requisitos

⁵⁵ Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044., p. 13.

⁵⁶ Este criterio ha sido desarrollado en basta jurisprudencia del INDECOPI, a manera de ejemplo, pueden revisarse los siguientes documentos: Resolución N° 2976-2012/SC1-INDECOPI del 25 de octubre de 2012, recaída bajo expediente N° 215-2011/CCD, en el procedimiento seguido entre Bambos S.A.C y Compañía Nacional de Chocolates del Perú; y, ii) Resolución N° 3156-2012/SDC-INDECOPI de fecha 19 de noviembre de 2012, recaída en el expediente N°121-2011/CCD, en el procedimiento seguido entre Cemex Perú S.A. y Justino Atencio Gutiérrez.

⁵⁷ Lineamientos Generales para la aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTEL, publicada el 12 de diciembre de 2002.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 44 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

establecidos que correspondan para el tipo de conducta desleal descrito en el Capítulo II de la mencionada norma; siendo el caso que, si no se presentara alguno de los requisitos establecidos en el tipo, la práctica investigada no podrá ser considerada como un supuesto de competencia desleal por infracción a la cláusula general, en estricta aplicación del principio de tipicidad y el deber de encausamiento de oficio que rige la actividad administrativa.

Asimismo, el artículo 7° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵⁸ establece que para determinar la existencia de un acto de competencia desleal, no se requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización, ni tampoco que dicho acto haya generado un daño efectivo en perjuicio de otros concurrentes en el mercado, los consumidores o el orden público, bastando que exista un daño potencial.

En tal sentido, los agentes económicos que cometan actos de competencia desleal, no podrán argumentar válidamente en su defensa el desconocimiento de la legislación vigente o la ausencia de dolo, puesto que la ley define la ilegalidad objetiva de dichas prácticas.

En virtud de lo previamente señalado, luego que la STCCO acredite los hechos expuestos en el expediente; la determinación de la comisión de una infracción a la cláusula general deberá demostrar que la actuación realizada por TELEFÓNIA es contraria al deber general de conducta que representa el desenvolverse conforme a la eficiencia económica y a las normas de corrección que deben orientar la pugna competitiva en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, logrando con ello, la preferencia de los usuarios a través de la realización de mecanismos que distorsionen y obstruyan el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

En tal sentido, luego de acreditada la ilicitud de la conducta, no resultará necesario que la STCCO evalúe aspectos subjetivos relacionados a la comisión de dicha infracción, tales como la conciencia y la voluntad en la realización del acto ilícito, ni tampoco que éste haya generado un daño efectivo en el mercado de servicios móviles, bastando constatar que la generación del daño sea al menos potencial, a efectos de sancionar el acto de competencia desleal cometido.

9.2. Los límites a la libertad de empresa y regulación.

El artículo 58° de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), garantiza el principio de la libre iniciativa privada, manifestando que el modelo económico que rige nuestro país es el de economía social de mercado, bajo el cual el Estado orienta el desarrollo del país y actúa en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, servicios públicos, entre otros⁵⁹.


⁵⁸ **Ley de Represión de la Competencia Desleal**

“Artículo 7.- Condición de ilicitud.-

7.1.- *La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.*

7.2.- *Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.”*

⁵⁹ **Constitución**

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 45 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Ahora bien, el principio de la libre iniciativa privada prescrito en el artículo 58° de la Constitución, se encuentra directamente vinculado con lo establecido en el inciso 17) del artículo 2° de dicho texto normativo⁶⁰, el cual establece el derecho fundamental de toda persona natural o jurídica a emprender y desarrollar con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material⁶¹.

Asimismo, tal como ha reconocido el máximo intérprete de la Constitución, la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico, esto es, la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. De otro lado, debe indicarse que el ordenamiento protege la libre iniciativa privada contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares⁶².

Así, el modelo de economía social de mercado recogido por nuestra Constitución, otorga una protección prevalente a las diversas libertades económicas fundamentales de los individuos, tales como la libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras, reconociendo que en la economía peruana rige la asignación libre de recursos vía los mercados, conservando el Estado solo una función residual o subsidiaria

Por tanto, una manifestación del principio de la libre iniciativa privada, se ve reflejada en lo dispuesto por el artículo 59° de la Constitución, el cual establece que el Estado garantiza, entre otras libertades patrimoniales contenidas en el régimen económico, la libertad de empresa, comercio e industria⁶³.

Respecto a la libertad de empresa, Paz-Ares y Alfaro señalan que ésta, “*busca asegurar en los individuos, una esfera de actuación libre de injerencias estatales, teniendo como función específica garantizar la independencia o autonomía de los ciudadanos, permitiéndoles desplegar su potencial creativo en el ámbito*

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

⁶⁰ **Constitución**

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)


17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”.

⁶¹ Ver sentencia del 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente Nº STC 0008-2003-AI/TC. Asunto: Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Don Roberto Nesta Brero, en representación de 5, 728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia Nº 140-2001.

⁶² Ver sentencia del 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente Nº STC 0008-2003-AI/TC. Asunto: Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Don Roberto Nesta Brero, en representación de 5, 728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia Nº 140-2001.

⁶³ **Constitución**

“Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 46 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

*económico de forma autónoma respecto del Estado y hacerlo de manera menos regulada posible.*⁶⁴

El referido derecho, comprende cuatro tipos de libertades: “*en primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. En tercer lugar, también comprende la libertad de competencia. Y en último término, la libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando se considere oportuno*”⁶⁵. (Énfasis agregado).

En relación a los límites a este derecho, la doctrina especializada, establece que la libertad de empresa, “*ya no se entiende en nuestros días únicamente como un derecho subjetivo del empresario, sino como uno que debe ejercerse conforme a un orden establecido y garantizado por el Estado, primero en la Constitución Económica y después en las normas especiales, y dentro del cual ocupa un lugar de especial relevancia el régimen legal de defensa de la libre y leal competencia económica*”⁶⁶.

Por tanto, una de las limitaciones al derecho a la libertad de empresa, constituye el desenvolverse en el mercado en respeto de la libre y leal competencia. En la misma línea, ante la potestad que tiene el Estado de limitar el derecho a la libertad de empresa, “*se admite, por un lado, que el mercado no es perfecto, por lo que la regulación puede ser requerida (...)*”⁶⁷, denotándose así que el referido derecho puede encontrar un límite en aquellos mercados en los que el Estado ha decidido intervenir a través de la regulación⁶⁸.

Por tal motivo, al ser la regulación una suerte de simulación de condiciones de competencia, allí donde existan fallas de mercado, “*(...) todas estas acciones que integran la regulación debe retenerse que son excepciones a la regla general, y que, como tales excepciones, **deben estar justificadas caso por caso y establecidas con arreglo al principio de legalidad**. La justificación de estas restricciones deriva de la existencia de fallos del mercado (estructurales o transitorios) que se quieren corregir con tales intervenciones*”⁶⁹. (Énfasis agregado)


⁶⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Artículo 38: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos protegen y garantizan su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.” En: Comentarios de la Constitución española. (2011) Editorial Civitas, España. Pag. 981

⁶⁵ Al respecto, ver sentencia del 5 de noviembre de 2012, recaída en el Expediente N.º 00239-2010-PA/TC. Asunto: Promotora e Inmobiliaria Town House S.A.C.

⁶⁷ SUMAR, Oscar. “DERECHO EMPRESARIAL Y CONSTITUCIÓN: Límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos)”. Themis. Revista de Derecho. N.º 55, 2008, p. 267.

⁶⁸ Respecto a la regulación, ésta “*trata de recrear el mercado, promover la competencia allí donde ello sea posible y dejar hacer a éste. Sólo cuando aquel no exista o la competencia sea insuficiente, el regulador vendrá a proteger los intereses de los usuarios –seguridad, calidad, fijación de precios del servicio- allí donde se mantengan las características de un monopolio natural o haya surgido una posición dominante estable y duradera (significant market power, SPM).*” ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Logros y Fracasos de la Regulación”. Themis. Revista de Derecho. N.º 52, 2006, pp. 44-45.

⁶⁹ Ídem, p.45.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 47 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Es por tal motivo, que en un mercado regulado, **“[l]as normas jurídicas delimitarán lo que se puede hacer y lo que no (...)”**⁷⁰, siendo su finalidad primordial *“(…) mantener la actividad en marcha dentro de un equilibrio preestablecido y de unos parámetros fijados”*⁷¹. (Énfasis agregado)

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se observa que la libertad de empresa se verá recortada en aquellos mercados en los que, debido a las fallas que puedan presentarse, se requiera una intervención del Estado con la finalidad que determinado sector funcione eficientemente, bajo una recreación de condiciones de competencia. En ese supuesto, la regulación establece los parámetros bajo los cuales las empresas pueden desarrollar su actividad, estableciendo qué acciones están permitidas y cuáles no.

Así, en ejercicio de la libertad de empresa, las empresas podrán optar por el establecimiento de una segunda marca como estrategia de expansión, entendiendo a ésta, tal y como lo señala José Muñoz, como *“aquel nombre que una empresa pone a un producto semejante a otro de su propiedad ya posicionado, con el fin de cubrir un sector más amplio de clientela potencial o bien para aprovechar una mayor capacidad de fabricación, distribución y prestación de servicios”*⁷².

Por tanto, partiendo del supuesto que la regulación sectorial es por sí misma un límite a la libertad de empresa y que a su vez, la creación de segundas marcas constituye una forma de expresión de dicha libertad; en el presente caso, ésta STCCO deberá analizar si la creación de la segunda marca “Tuenti” en el mercado móvil constituye una manifestación del ejercicio del derecho a la libertad de empresa de TELEFÓNICA, que se encuentra limitada por alguna disposición regulatoria, o si por el contrario la legislación no ha impuesto ningún límite a su ejercicio.

X. LOS OMV EN EL MERCADO DE SERVICIOS PÚBLICOS MÓVILES

10.1. Definición de OMV


Considerando que la presunta conducta desleal investigada podría tener efectos sobre el mercado de servicios móviles, y en particular, respecto a la entrada de los OMV, resulta preciso definir este tipo de operadores.

Los OMV son operadores que brindan servicios móviles sin contar con asignación de espectro radioeléctrico, el que es un recurso esencial para brindar dichos servicios. En ese sentido, estos operadores arriendan el espectro necesario a aquellos operadores que sí cuentan con concesión para hacer uso de éste, los OMR. Así, se observa que la principal diferencia entre un OMV y un OMR es precisamente la tenencia de espectro radioeléctrico.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

⁷² MUÑOZ, José. *“Nuevo diccionario de Publicidad, Relaciones Públicas y Comunicación Corporativa”*. Colección Comunicación. Buenos Aires: Editorial Libros en red.

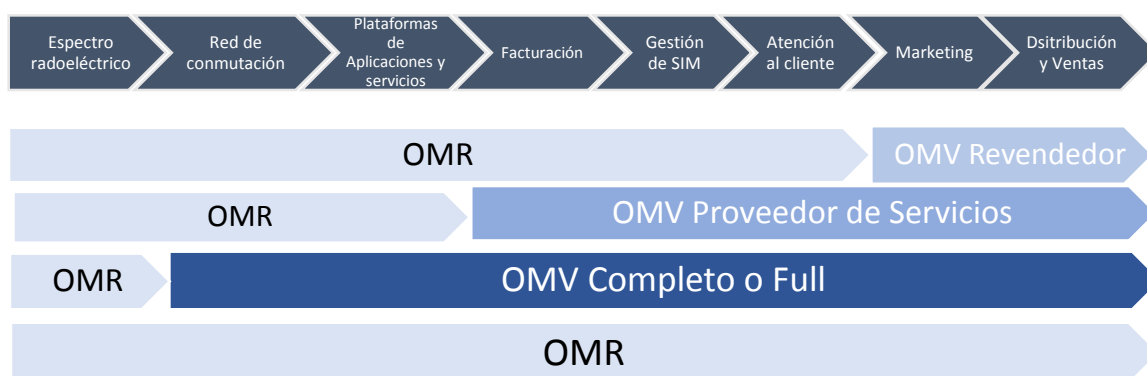
	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 48 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Sin embargo, el nivel de dependencia de los OMV respecto de los OMR no sólo está en función al acceso que le prestan estos últimos a los primeros. Así resulta necesario señalar que existe más de un tipo de OMV, que han sido categorizados de acuerdo al nivel de dependencia que tienen de su OMR *host* en términos de infraestructura y de participación en la cadena productiva del servicio móvil a prestar. En tal sentido, distintos estudios de consultoras especializadas en telecomunicaciones y específicamente en OMV, han coincidido en clasificar a aquellos en ciertos tipos en función a determinadas características.

10.2. Tipos de OMV

La siguiente clasificación de OMV está en función a su participación en la cadena productiva del servicio de comunicaciones móviles. Así, el siguiente gráfico muestra los distintos tipos de OMV de acuerdo a la clasificación más aceptada a nivel internacional⁷³:

Gráfico N° 1: Tipos de OMV




Elaboración: OSIPTTEL

- **OMV revendedor o *Branded Reseller*:** Es el tipo de OMV más sencillo y por ende el más dependiente de su OMR *host*. Este tipo de OMV participa únicamente en el eslabón de la cadena productiva más cercano al usuario final, el cual incluye únicamente la gestión de una marca propia así como la distribución y ventas del servicio; mientras que es el OMR el que se encarga del resto actividades. Así, los clientes no son del OMV sino del OMR.

Cabe resaltar que la gestión de una marca propia no implica que este tipo de OMV deba distribuir su propia tarjeta SIM, toda vez que este tipo de OMV no tiene la capacidad de hacerlo, así como tampoco tiene la capacidad de establecer precios.

En este caso, los ingresos por interconexión de llamadas entrantes van directamente al OMR. Mientras que los ingresos de los OMV provienen principalmente de las llamadas salientes.

⁷³ MVNO Business Essentials. Nereo Consulting.
Virtually mobile: What drives MVNO success. Telecom, Media & High Tech Extranet. 2014

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 49 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

- **Proveedor de Servicios o Service Provider:** Este OMV presenta mayor participación en la cadena productiva del servicio móvil que el anterior tipo, pues posee además su propia plataforma de facturación, con lo cual tiene la capacidad de determinar los precios hacia los usuarios finales. Así también estos OMV pueden contar con su propia tarjeta SIM. En ese sentido, este tipo de OMV puede ser dueño de los clientes, pudiendo tener la capacidad de contar con una plataforma propia de atención al cliente. En este caso, al igual que en el caso del OMV revendedor, los ingresos por interconexión de las llamadas entrantes van directamente al OMR, siendo que los ingresos de este tipo de OMV provienen principalmente de las llamadas salientes. Dichos ingresos son mayores que los que obtiene el OMV revendedor.

La tenencia de plataformas de aplicaciones y contenidos para algunos especialistas determina la existencia de otro tipo de OMV, un poco más independiente del OMR que el anterior. Este tipo es conocido como OMV débil o Light MVNO, el mismo que cuenta con todo lo que el Proveedor de Servicios más la plataforma VAS⁷⁴.


- **OMV Completo o Full OMV:** Este tipo de OMV es aquel al que sólo le hace falta acceso propio al espectro radioeléctrico para ser un OMR. En ese sentido, este OMV participa en todos los procesos de la cadena productiva del servicio móvil observados en el gráfico anterior, además de contar con su propia infraestructura de redes de conmutación. Así, este OMV sí recibe los ingresos por interconexión por las llamadas entrantes.

Por otro lado, existen intermediarios en la relación entre los OMV y los OMR. Como se mencionó anteriormente, hay tipos de OMV que dependen en mayor medida de los OMR que otros. Acorde con dicha situación, nacen intermediarios que precisamente ofrecen a los OMV aquellas operaciones, infraestructura y poder de negociación con que no cuentan.

En primer lugar, existen los llamados **Habilitadores de OMV o Mobile Virtual Network Enabler** (en adelante, MVNE). Estos operadores brindan aquellas infraestructuras y operaciones con las que los OMV no cuentan, de modo que si el OMV utiliza a un MVNE, únicamente requerirá del OMR el acceso al espectro radioeléctrico para operar. En ese sentido, la utilización del intermediario le da mayor libertad para establecer precios y obtener mayores márgenes de ganancia a los OMV.

Por otro lado, existe otro intermediario llamado **Agregador Móvil Virtual o Mobile Virtual Network Agregator** (en adelante, MVNA). Este operador se encarga principalmente de la negociación entre los OMV y el OMR. Lo que hacen los MVNA es agrupar las ofertas de distintos OMV a fin de presentarla ante el OMR a la cual se le pretende solicitar el acceso a la red. Esta forma de operación es usada por distintos OMV a nivel mundial, sobre todo tratándose de OMV pequeños, cuyas ofertas en muchos casos no resultan atractivas individualmente ante el OMR, mientras que varias ofertas de manera conjunta pueden formar una oferta compuesta mucho más atractiva de cara al OMR, lo cual facilitaría la negociación y tendría mayores probabilidades de éxito.

⁷⁴ Servicios de Valor Agregado.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 50 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

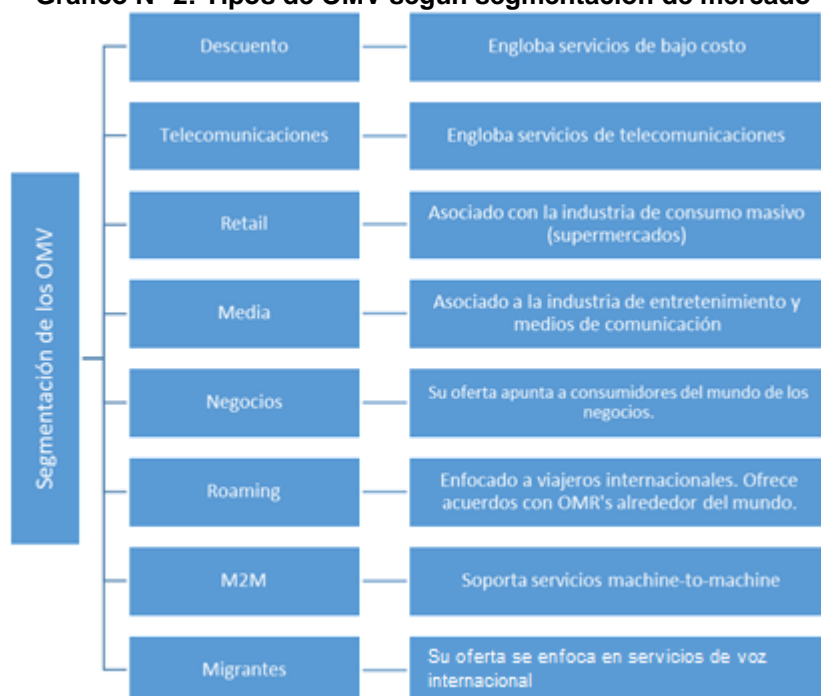
10.3. Estrategias de los OMV

A nivel mundial se ha observado que los OMV incursionan en mercados de comunicaciones móviles maduros, es decir, en mercados con características tales como una penetración móvil mayor al 100% (algo que ya se viene dando en el Perú desde el año 2010, tal como se verá en la evaluación del mercado móvil) y un espectro radioeléctrico asignado en su totalidad en la mayoría de los casos.

En un contexto de mercado como el descrito, se esperaría que no exista la posibilidad de entrada de nuevos operadores con red y por ende que no exista mayor presión competitiva que aquella generada por los OMR existentes. Sin embargo, a pesar de que todos los usuarios de comunicaciones móviles se encuentran siendo atendidos por los OMR existentes, lo cierto es que dicha atención responde a las necesidades de comunicaciones móviles más generales de los usuarios. Lo anterior se debe principalmente a que los OMR son empresas que atienden de manera masiva a sus usuarios, sin llegar a especializarse en sus necesidades específicas. Sin embargo, en todo mercado existe la posibilidad de la **segmentación**, y es allí donde entran a tallar los OMV.


La estrategia de los OMV es precisamente la atención de segmentos específicos del mercado de comunicaciones móviles. Éstos buscan atender a aquellos usuarios que tienen necesidades específicas y que no están siendo completamente satisfechas por los OMR. A nivel internacional se ha identificado al menos ocho categorías de OMV, de acuerdo al segmento de mercado específico que atienden, a saber⁷⁵:

Gráfico N° 2: Tipos de OMV según segmentación de mercado



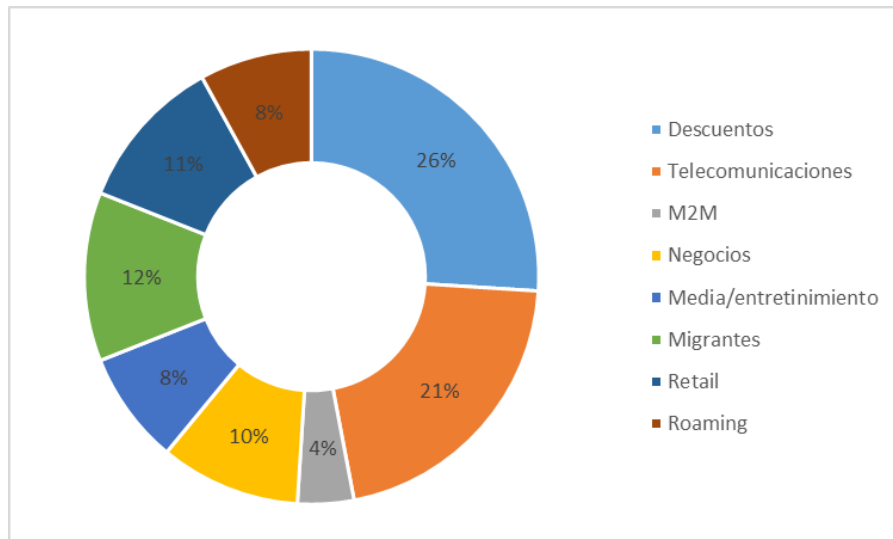
Elaboración: OSIPTel

⁷⁵ GSMA Intelligence. The global MVNO footprint: a changing environment.. Febrero 2015

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 51 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

De los distintos segmentos de mercado a los que los OMV atienden, en el año 2014 se observó que la mayor cantidad de OMV se ocupa de los siguientes segmentos: descuentos y telecomunicaciones. El siguiente gráfico muestra que además, los segmentos dirigidos a migrantes y a entretenimiento, son también ampliamente atendidos por los OMV.

Gráfico N° 3: Distribución de OMV por segmento atendido



Fuente: GSMA Intelligence. "The global MVNO footprint: a changing environment". Febrero 2015

De otro lado, como se puede observar en el siguiente gráfico, a nivel mundial el continente en el que han surgido la mayor cantidad de OMV es Europa. Al respecto, lo anterior se explica en la medida que es en dicho lugar donde se presenta un nivel promedio de penetración móvil de 126% frente a un promedio mundial de 97%⁷⁶.

⁷⁶ Ibid.


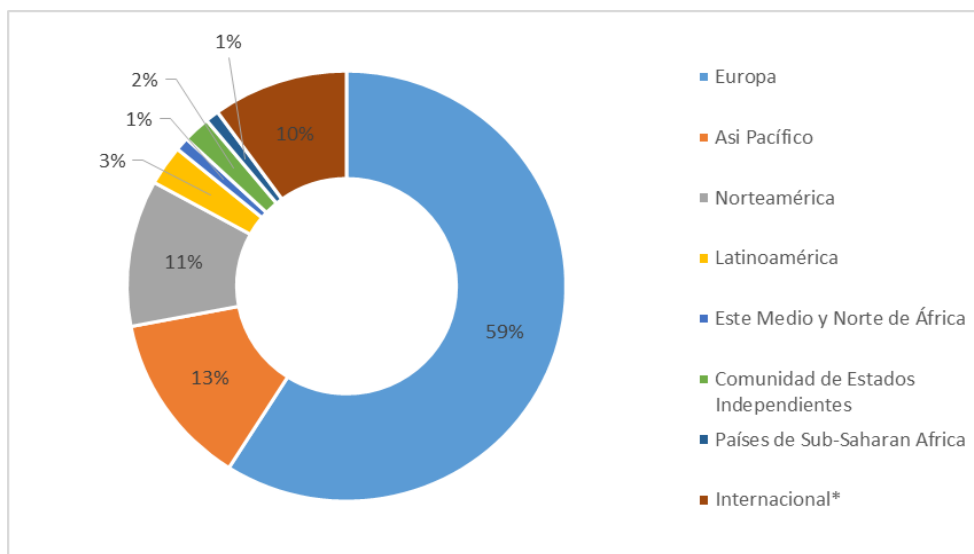
	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 52 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Gráfico N° 4: Distribución de OMV a nivel mundial



Fuente: GSMA Intelligence. "The global MVNO footprint: a changing environment". Febrero 2015

(*) Internacional hace referencia a aquellos OMV que están dirigidos a usuarios de roaming, por lo que operan a través de múltiples mercados.

Cabe resaltar que hacia finales del año 2014 existían casi mil OMV y doscientas sesenta segundas marcas de los OMR a nivel mundial⁷⁷. Sobre las segundas marcas, corresponde manifestar que constituyen estrategias que las OMR llevan a cabo para competir en cuanto a segmentación de mercado con las OMV. Cabe resaltar que este tema se desarrollará más adelante en el presente Informe.

Finalmente, es preciso mencionar que los OMV y segundas marcas existentes se encuentran alrededor de únicamente la tercera parte del mundo, lo cual se explica porque sólo esa proporción de países corresponde justamente a mercados maduros, y porque los OMV surgen precisamente en mercados con esa característica.


10.4. Experiencia internacional: efectos de la entrada de OMV en los mercados móviles

A continuación se analizará la experiencia internacional en cuanto a los efectos que han generado la inserción de los OMV en el mercado de comunicaciones móviles. Se analizarán países en los cuales la figura de los OMV está desarrollada, principalmente países europeos, dado que es en dicho continente donde surgieron por primera vez los OMV, y por lo tanto en donde mejor se pueden observar las consecuencias de la inserción de éstos en el mercado, sin dejar de lado aquellos mercados en los que los OMV han sido relevantes en América Latina.

10.4.1. Efectos de la entrada de los OMV en España

En el mercado de comunicaciones móviles español, los primeros OMV incursionaron hacia diciembre del 2006, luego de que la Comisión de

⁷⁷ Ibid.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 53 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Mercados de Telecomunicaciones (CMT) posibilitara su entrada. Hasta ese momento, dicho mercado estaba compuesto por tres OMR, Movistar, Vodafone y Orange, con cuotas de mercado en función al número de líneas en servicio de 45.7%, 29.9% y 24.3%, respectivamente.

Los primeros OMV que iniciaron su lanzamiento comercial en España fueron Euskaltel, Happy Móvil y Carrefour. Previamente a la entrada de estos primeros OMV, hacia el último trimestre del 2006, entró al mercado el cuarto OMR, Yoigo. Estos cuatro operadores, los OMR y Yoigo, consiguieron en tan sólo un mes de operación, el 0.1% de participación de mercado en términos de líneas (22,827 líneas) ⁷⁸.

El siguiente año continuó la incursión de nuevos OMV en España, resultando que en total entraron siete OMV adicionales. Así, a partir del año 2007 se empieza a observar el éxito que tendrían los OMV, los que lograron captar clientes de los OMR, disminuyendo la participación de mercado de dos de ellos, Movistar y Orange. Durante ese año, los OMV lograron el 0.9% de participación de mercado, mientras que Movistar y Orange redujeron sus participaciones de 45.7% a 45% y de 24.3% a 22.5%, respectivamente⁷⁹. Ya para el año 2008, entraron seis OMV más al mercado móvil español, con lo cual ya existían en solo dos años, quince OMV y cuatro OMR.

El patrón de comportamiento de mercado continuó de manera similar los siguientes años, en que los OMR perdían gradualmente clientes gracias al sistema de portabilidad, mientras que Yoigo, el cuarto y más reciente OMR, y los OMV ganaban constantemente dichos clientes. Hacia el año 2009, los OMV ya habían alcanzado casi el 5% del mercado.

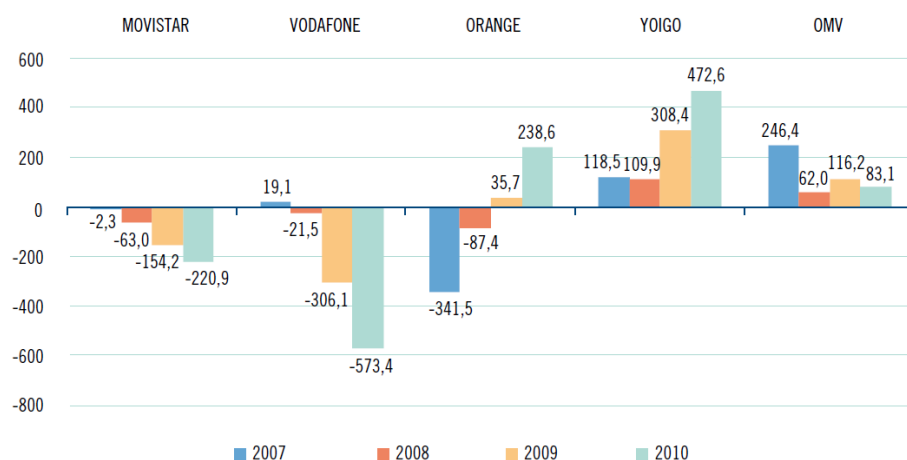
En el año 2010, los dos principales operadores (Movistar y Vodafone) continuaron perdiendo clientes, en total 794,301 líneas en dicho año. Siendo que el principal operador que ganó clientes fue Yoigo, seguido de los OMV.

El siguiente gráfico muestra la evolución de la portabilidad por operador desde el año 2007 hasta el año 2010. Se observa claramente que durante esos cuatro años los OMV sólo ganaron clientes, mientras que los principales OMR los perdieron.

⁷⁸ Informe Anual 2006. Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)

⁷⁹ Informe Anual 2007. Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)

Gráfico N° 5: España – Saldo neto de portabilidad por operador (miles de líneas)

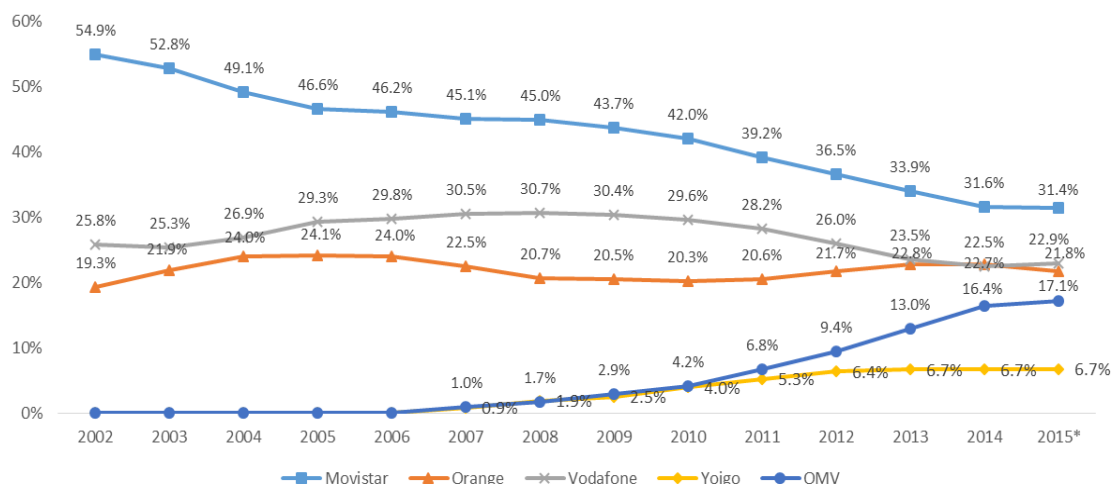


Fuente: Informe Anual 2010 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Así, en el año 2011 la participación de mercado de los OMV ascendía a casi 7%, mientras que las participaciones de Movistar y Vodafone se reducían de 42% a 39% y de 30% a 28% respectivamente, a comparación del año previo. Por lo tanto, en un contexto de constante ganancia de participación de los OMV en desmedro de los principales OMR (Movistar y Vodafone), estos últimos se vieron en la necesidad de emitir alguna respuesta a fin de competir con las ofertas que los OMV brindaban.

A partir del año 2012, cuando ya existían veintitrés OMV en el mercado español, se observaron importantes cambios, llevados a cabo principalmente por iniciativa de los OMR. Hacia junio de 2012, Orange decidió crear una segunda marca de servicios móviles, Amena. En el 2013, Telefónica de España decidió comprar en su totalidad a Tuenti Technologies S.L. (en adelante, Tuenti Technologies), que para ese entonces ya había lanzado sus servicios móviles como OMV (en el siguiente apartado se presentarán más detalles sobre las respuestas de los OMR ante la presión competitiva generada por los OMV en el caso español).

Si se observa el siguiente gráfico, se puede apreciar que la aparición de los OMV y del cuarto OMR, Yoigo, en el mercado de comunicaciones móviles español ha reducido notablemente la participación de mercado de los OMR desde el año 2006 hasta marzo del año 2015. Así, Movistar vio reducida su participación en 14.7% desde la aparición de los OMV hasta marzo de 2015. Mientras que Vodafone evidenció una pérdida de 7% de participación durante dicho período. Similar comportamiento se evidenció en el caso de Orange, aunque en menor medida. Hacia marzo del 2015, la participación de los OMV ya ascendía a 17%.

Gráfico N° 6: España – Evolución de la cuota de mercado por líneas activas (%)


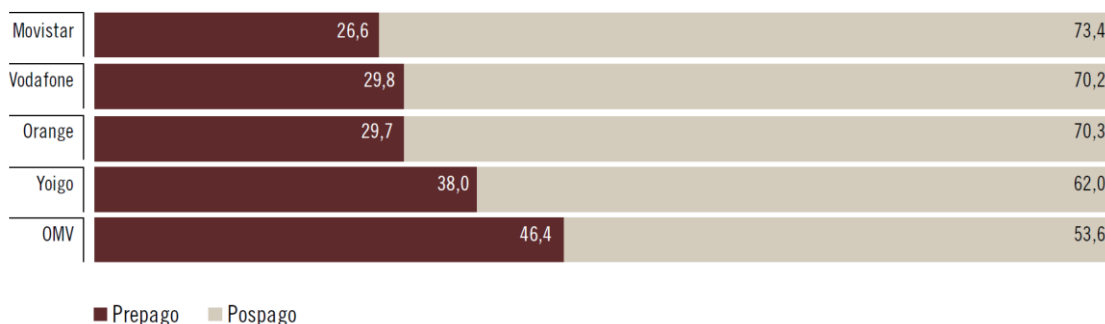
Fuente: Información estadística trimestral. CNMC 2014

Elaboración Propia

La información del 2015 está actualizada a marzo


Es preciso mencionar que si bien la tendencia de la cuota de mercado de Movistar antes de la aparición de los OMV ya era hacia la baja, lo cierto era que ello respondía a que Vodafone estaba ganando participación. Sin embargo, este traslado de cuota de mercado entre Movistar y Vodafone no continuó, debido justamente a que la participación de ambas OMR se vio afectada por la aparición de los OMV.

De otro lado, respecto a los principales segmentos a los cuales están dirigidos los OMV españoles, primero es preciso mencionar que cuando estos incursionaron en el mercado español, se enfocaron básicamente en servicios prepago, siendo que por ejemplo hacia el año 2011 el segmento prepago llegó a representar el 71.3% del total de líneas de los OMV. Al 2014, como se puede observar el siguiente gráfico, aunque la participación del segmento prepago en las líneas de los OMV se redujo, este aún sigue siendo mayor si lo comparamos con otros operadores.

Gráfico N° 7: España – Líneas totales por modalidad de contrato (%)


Fuente: Informe Telecomunicaciones CNMC 2014

Así también, respecto a los segmentos de mercado que actualmente atienden los OMV españoles, se observa en el siguiente gráfico que el 61.4% del mercado de los OMV está representado por OMV especializados en tarifas internacionales. Lo anterior se debe a la

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 56 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

existencia de numerosos OMV especializados en este tipo de servicios, como Happy Móvil, Lebara Móvil, Lycamobile, Orbitel y Hits Mobile.

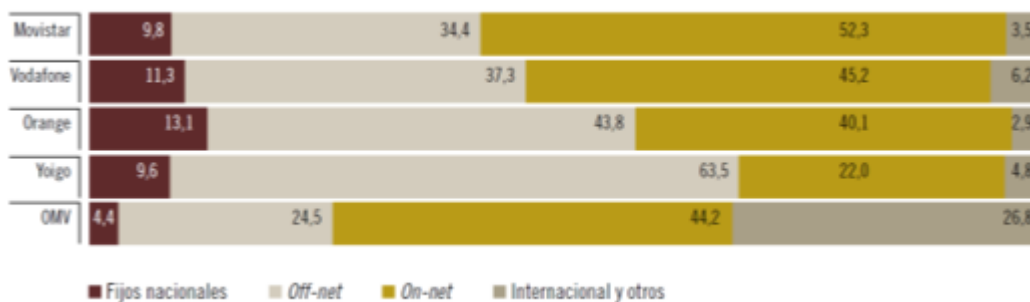
Gráfico N° 8: España – Cuotas de mercado de los OMV en función de su estrategia de negocio (%)



Fuente: Informe Telecomunicaciones CNMC 2014


Respecto a las ofertas que los OMV realizan, se podría destacar la estrategia de permitir a sus usuarios realizar llamadas on-net gratuitas, lo cual ha permitido que el tráfico on-net de los OMV haya aumentado notablemente a partir del año 2012. En el gráfico siguiente se puede observar que actualmente el 44.2% del tráfico originado en los OMV es *on-net*, siendo que anteriormente (entre el 2008 y el 2011) dicho tráfico representaba alrededor del 20%, lo cual era lógico considerando la cuota de mercado de los OMV comparado con las cuotas de los operadores incumbentes.

Gráfico N° 9: España – Distribución del tráfico por destino (%)



Fuente: Informe Telecomunicaciones CNMC 2014

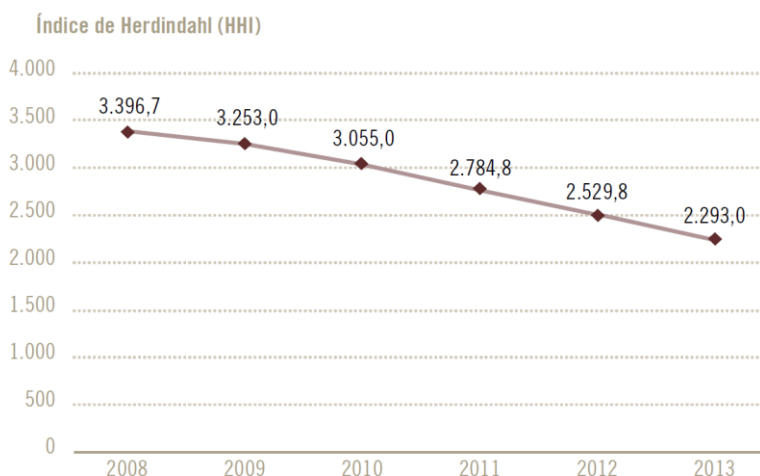
Finalmente, de lo analizado se puede concluir que el principal efecto que la entrada de los OMV ha generado en el mercado de comunicaciones móviles español es el aumento de la competencia. Este efecto se observa en el nivel de portaciones que se han realizado en este mercado a favor de los OMV y en la reducción de participación de mercado de los operadores incumbentes. Además, es preciso recalcar que estos efectos han tenido repercusiones importantes sobre los usuarios, pues el aumento de la competencia generó un efecto disciplinador sobre las ofertas de los OMR, de modo que la incursión de los OMV ha derivado

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 57 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

en una oferta comercial más variada y con menores tarifas⁸⁰. Este último efecto se explicará mejor en el siguiente apartado.

Lo anteriormente mencionado se ve finalmente reflejado en la reducción del nivel de concentración de mercado, como se observa en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 10: España – Evolución del índice de concentración del mercado (HHI)



Fuente: Informe Telecomunicaciones CNMC 2014

10.4.2. Efectos de la entrada de los OMV en Francia

Siguiendo con la revisión de países europeos, Francia también presenta experiencia importante que resaltar. Al respecto es preciso mencionar que este país actualmente cuenta con 4 OMR: Bouygues Telecom, Orange France, SFR y Free Mobile (este fue el último en entrar). Mientras que respecto a los OMV, estos incursionaron en este mercado desde el año 2005, siendo que en tres años existían ya alrededor de doce OMV independientes (que no dependían del OMR host)⁸¹.


La participación de mercado de estos OMV era de 5.19% en diciembre de 2008, mientras que hacia el 2011, los OMV ya eran dueños del 10% del mercado. Durante ese año entraron al mercado OMV completos, como Oméa Telecom (Virgin Mobile), NRJ Mobile y Lycamobile, siendo que los OMV que predominaban anteriormente a su entrada, eran OMV que calificaban como revendedores. Así, hacia el año 2012 ya existían cincuenta y nueve OMV en el mercado francés⁸². Cabe resaltar que al primer trimestre del año 2014, la participación de los OMV llegó a ascender a 11.3%⁸³.

⁸⁰ Informe de Seguimiento de las ofertas comerciales de servicios de comunicaciones móviles entre 2012 y 2013. CNMC 2014.

⁸¹ Annual Report 2008. ARCEP. Chapter 4: Regulation of electronic communications market competition.

⁸² Annual Report 2011. ARCEP. Chapter 1: A more competitive mobile market.

⁸³ Activity Report 2013. ARCEP. Chapter 1: A more competitive mobile market.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 58 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Cuadro N° 1: Crecimiento de la cuota de mercado de los OMV desde 2005

	31/12/2005	31/12/2006	31/12/2007	31/12/2008
Base total de las OMV	0.60%	2.79%	4.88%	5.19%

Fuente: Reporte Anual 2008. ARCEP

Hacia el año 2011 se podía observar que los OMR venían perdiendo relevancia en el mercado de comunicaciones móviles, mientras que los OMV venían ganando presencia en el mercado. Por lo tanto, uno de los primeros efectos que se observaron desde la aparición de los OMV en este mercado fue precisamente el mayor dinamismo competitivo, pues el mercado ya no se encontraba concentrado en tres empresas, y precisamente las nuevas y pequeñas operadoras lograron reducirle poder de mercado a las primeras, lo cual era un indicador de que las ofertas de los OMV fueron capaces de captar clientes de los OMR.

Durante ese mismo año, Free Mobile anunció que lanzaría sus operaciones el año 2012 como OMR. Este operador manifestó que su oferta se basaría en “*innovar y ofrecer ofertas revolucionarias a muy bajos precios*”. Así, Free Mobile se enfocaría en ofrecer subsidios más bajos a través de la oferta de “SIM-only”, smartphones más accesibles y todo por internet. En otras palabras, la oferta que Free Mobile había anunciado era bastante similar a la estrategia que un gran número de OMV exitosos en Europa venía usando.

En un contexto como el mencionado, de aparición de nuevos OMV, de constante crecimiento de estos en desmedro de los OMR, y tras la próxima aparición de un nuevo OMR cuya estrategia era bastante similar a la de muchos OMV, es que los OMR decidieron crear sus segundas marcas para atender a segmentos específicos de mercado. Sobre este tema se ahondará en el siguiente apartado.

10.4.3. Efectos de la entrada de los OMV en América Latina

A diferencia de Europa, Asia y América del Norte, el desarrollo de los OMV en América Latina es aún incipiente. En varios países, como el Perú, no existen operadores de este tipo o su desarrollo es aún muy reducido como en el caso de México y Brasil⁸⁴. No obstante, el escenario es diferente en Colombia y Chile, en donde los OMV cada año están adquiriendo mayor relevancia en el sector⁸⁵.

En la siguiente ilustración se presentan los tipos y cantidad de OMV que existen al año 2013 en América Latina, destacando su participación en Chile y Colombia.

⁸⁴ A partir del 2014, los OMV que participan en estos países han intensificado sus acciones para lograr una mayor participación.

⁸⁵ A pesar de que no se puede comparar con otros países europeos, es destacable el crecimiento de los OMV en estos dos países.









































	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 59 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Gráfico N° 11: Operadores Móviles Virtuales en América Latina 2013

Deployed infrastructure requirements + -	<div> <div>Branded Reseller</div> <div>Service Provider</div> <div>Enhanced Service Provider</div> <div>Full MVNO</div> <div>MNO</div> </div>				
			 	 	   
		  			 
		 			  
				 	    
					  

☐ Allowed MVNO Model
 ☐ Not allowed MVNO Model


Fuente: MVNOs in LATAM, Market Outlook. Nereo Consulting, 2013

Por consiguiente, el análisis de los efectos de la entrada de OMV en América Latina estará enfocado precisamente en los mercados colombiano y chileno.

Efectos de la entrada de los OMV en Colombia

El ingreso de los OMV en Colombia se inició a finales del 2010, con el primer OMV denominado Uff! Móvil. Luego, en el año 2011, los proveedores de redes y servicios fijos, Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) y UNE EPM Telecomunicaciones, incursionaron en el mercado de comunicaciones móviles colombiano como OMV. Cabe precisar que ETB se encuentra prestando el servicio de datos móviles (4G) a través de su propia red y presta el servicio móvil (3G) como OMV soportado en la red del proveedor Tigo. Posteriormente, Virgin Mobile y Móvil Éxito iniciaron operaciones en el mismo mercado como OMV. Cabe resaltar que todos los OMV, excepto Virgin Mobile que utiliza la red de Movistar, utilizan la red de Tigo. Actualmente, de los 5 OMV que iniciaron operaciones en el mercado de comunicaciones móviles colombiano, sólo cuatro OMV operan a junio de 2015, toda vez que el operador UNE se fusionó con Tigo durante el año 2014, lo que indicó la finalización de la operación móvil virtual por parte de UNE, según lo señala la Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia (CRC)⁸⁶.

⁸⁶ Revisión marco regulatorio para la Operación Móvil Virtual y otras operaciones mayoristas. Centro de Conocimiento de la Industria y Proyecto Especiales. CRC Colombia. Junio 2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 60 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Cuadro N° 2: Relación OMR con OMV en Colombia

OMR	OMV Alojados	Líneas Activas OMV al 31 dic/14	Distribución líneas de OMV	Relación líneas OMV / Líneas OMR
Movistar	Virgin Mobile (1)	1.990.965	68,5%	15,5%
Tigo	UFF móvil, Éxito Móvil y ETB (3)	913.792	31,5%	10%
Totales		2.904.757	100%	13%

Fuente: Revisión marco regulatorio para la Operación Móvil Virtual y otras operaciones mayoristas. Centro de Conocimiento de la Industria y Proyecto Especiales. CRC Colombia. Junio 2015

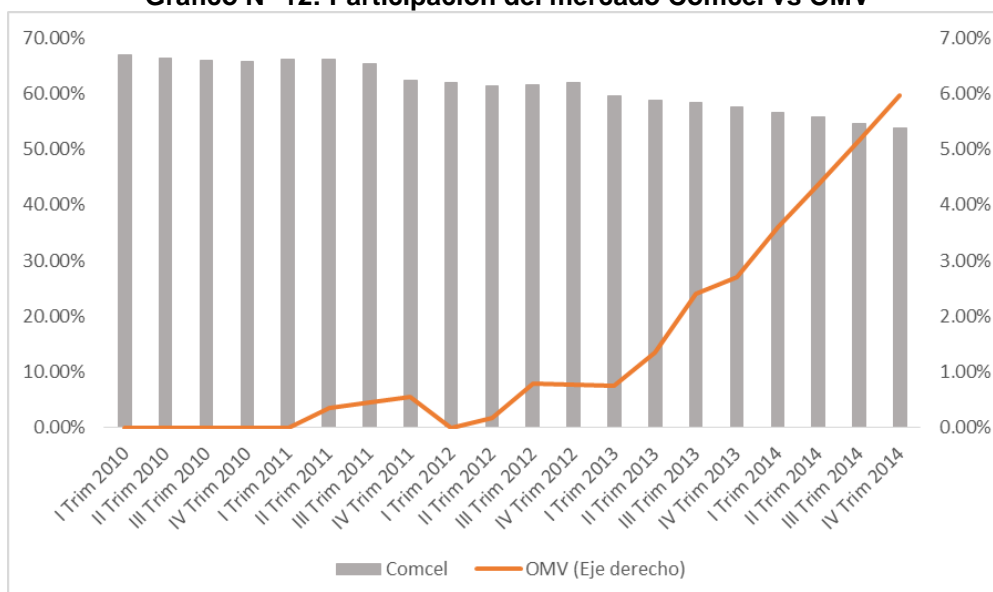
Desde la entrada de los OMV en el mercado colombiano, se dinamizó el proceso competitivo, evidenciándose un mayor número de participantes en el mercado, una menor concentración del mercado, así como la disminución de las tarifas.

Así, en el año 2009 existían solo tres operadoras que brindaban servicios de telefonía móvil, las cuales eran Comcel (América Móvil), Movistar y Tigo, todas OMR. Mientras que a inicios del 2014, la situación era totalmente diferente al existir ocho empresas operadoras, entre OMR y OMV. Este incremento de participantes se debió al ingreso de las cinco OMV mencionadas anteriormente.

Además, según muestran las cifras del sector, en el primer trimestre del año 2010 Comcel ostentaba una participación del 67%, la misma que se redujo al 54% para el cuarto trimestre del 2014. Asimismo, a la misma fecha, los OMV contaban ya con una participación de casi el 6% del mercado de comunicaciones móviles⁸⁷. Lo anterior demuestra que el aumento de la participación de los OMV se dio en detrimento de la participación de los OMR, como el caso de Comcel, reflejándose de este modo, una disminución en el nivel de concentración del mercado.

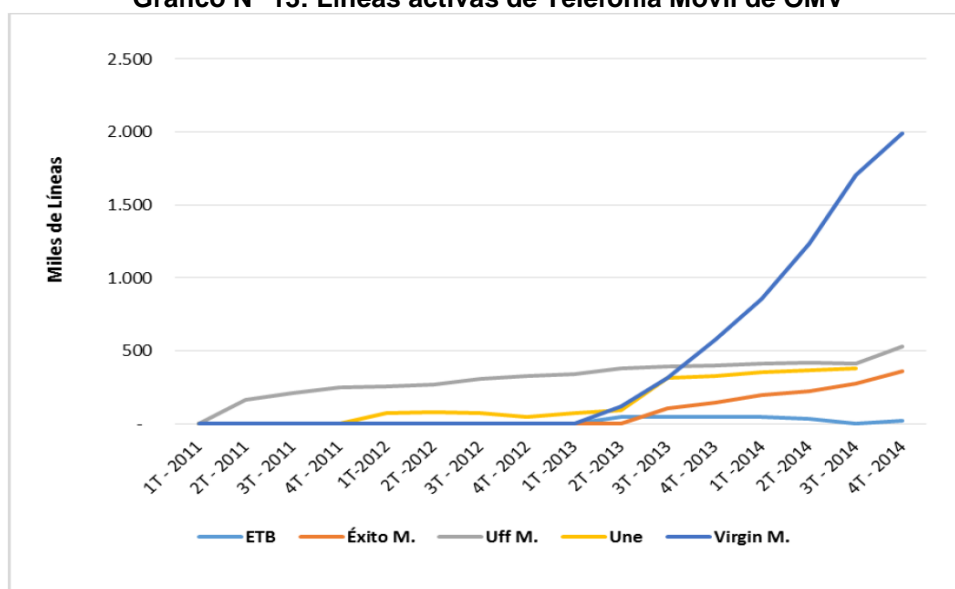
El siguiente gráfico muestra cómo la entrada de los OMV ha dinamizado la competencia en detrimento de la participación de mercado de Comcel.

⁸⁷ Ver: <http://estrategiaticolombia.co/estadisticas/stats.php?&pres=content&jer=1&cod=&id=86#TTC> Última visita: 1 de septiembre de 2015.

Gráfico N° 12: Participación del mercado Comcel vs OMV



Fuente: Ministerio TIC Colombia
Elaboración Propia

El siguiente gráfico muestra que de las cinco OMV que existían hacia el 2014, Virgin Mobile fue la de mayor participación, sobre todo a partir del 2013.

Gráfico N° 13: Líneas activas de Telefonía Móvil de OMV


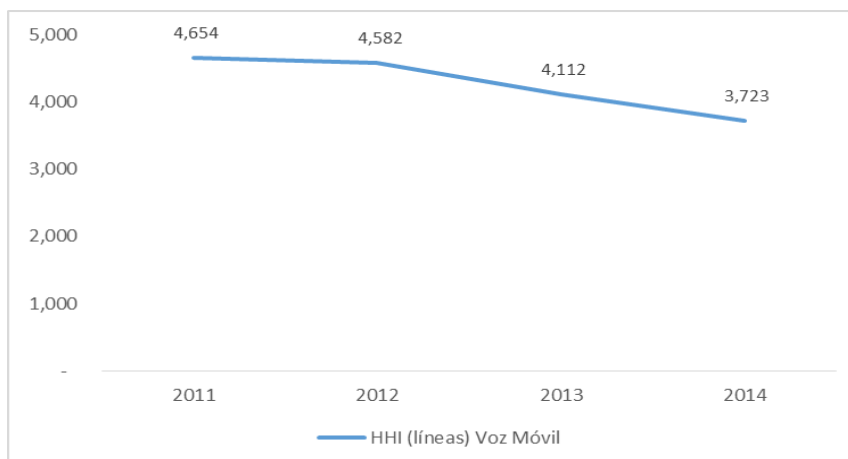
Fuente: Revisión marco regulatorio para la Operación Móvil Virtual y otras operaciones mayoristas. Centro de Conocimiento de la Industria y Proyecto Especiales. CRC Colombia. Junio 2015

Por otro lado, se puede evidenciar que el nivel de concentración se ha venido reduciendo desde la entrada de los OMV. El siguiente gráfico muestra la evolución del índice HHI en función de líneas, donde evidencia dicho comportamiento. Se observa que el HHI para el año

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 62 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

2014 fue de 3,723, lo cual indica aún un mercado concentrado, sin embargo, es clara la tendencia a la baja de este indicador.

Gráfico N° 14: Índice de Concentración - HHI (líneas de voz móvil)



Fuente: Revisión marco regulatorio para la Operación Móvil Virtual y otras operaciones mayoristas. Centro de Conocimiento de la Industria y Proyecto Especiales. CRC Colombia. Junio 2015.
Elaboración Propia

Además, es preciso mencionar que del total de líneas móviles portadas al 31 de diciembre de 2014, los OMV recibieron el 12.1% de estas (423 mil líneas) y perdieron el 3% de ellas (104 mil líneas). Lo anterior es un indicador de que los OMV son un elemento importante para incrementar la competencia en el mercado⁸⁸.


Como ya se ha señalado, una de las características principales de los OMVs es que intentan cubrir un nicho específico del mercado. En Colombia, Uff! Móvil ha dedicado su negocio en cubrir el nicho de trabajadores urbanos de clase media, denominados por esta empresa como los “trabajadores aguerridos”⁸⁹.

Por otro lado, Virgin Mobile ha focalizado su grupo de usuarios en el sector joven de Colombia, tal y como lo hace en los distintos países donde participa. Esto se evidencia en toda la publicidad que llevan a cabo en distintos medios de comunicaciones, en los que ofrecen planes en donde se prioriza el uso del Internet (principalmente, redes sociales y *WhatsApp*).

Por su parte, Móvil Éxito tiene como objetivo cubrir la demanda de los clientes de su cadena de supermercados, siendo el Grupo Éxito la única empresa de *retail* en Colombia en ofrecer servicios de telefonía celular bajo la modalidad de OMV. Este OMV busca afianzar la relación de ambas empresas mediante ofertas tales como: “Lunes 1x1: compra 1 producto, recibe 1 minuto”.

⁸⁸ Revisión marco regulatorio para la Operación Móvil Virtual y otras operaciones mayoristas. Centro de Conocimiento de la Industria y Proyecto Especiales. CRC Colombia. Junio 2015.

⁸⁹ Guillermo Santos Calderón, “Uff! ¡Qué machera!”. Ver: <http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/uff-que-machera-guillermo-santos-calderon-columnistas-el-tiempo/15287337>. Última visita 25 de agosto de 2015.

	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2015 Página 63 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

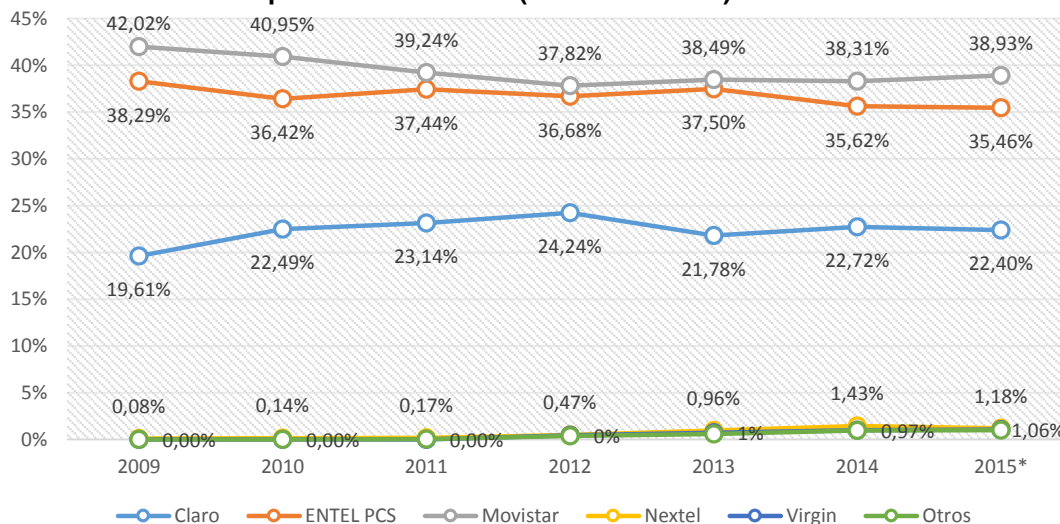
Efectos de la entrada de los OMV en Chile

En Chile actualmente existen cuatro OMR, Claro, Entel PCS, Movistar y Nextel, mientras que existen ocho OMV que reportan información a la SUBTEL⁹⁰, a saber, Virgin Mobile, Netline Móvil, Interexport, GTD Movil, Móvil Falabella, VTR Movil, Nomade y Telestar. Sin embargo, hay OMV que han surgido recientemente y cuya información aun no es presentada por la SUBTEL, a saber, Colo-Colo Movil, Wanderers Móvil y Simple.

El ingreso de los OMV ha dinamizado la competencia en el mercado de servicios móviles chileno. Así, mientras que en el 2011 existían solo seis empresas que ofrecían los servicios móviles, al primer trimestre del 2015 eran doce las empresas que brindan estos servicios, conformados por cuatro OMR y ocho OMV (considerando aquellas que reportan información a la SUBTEL).

Asimismo, al evaluar las participaciones de mercado de los operadores entre los años 2011 y 2014, se puede observar una disminución en la participación de las tres OMR incumbentes y un ligero crecimiento de los OMV desde su ingreso en el 2012⁹¹. Según cifras de SUBTEL, los OMV han logrado el 2% de participación del mercado telefonía móvil a marzo del 2015. En el siguiente gráfico se observa el crecimiento de estas empresas en el mercado móvil chileno. Cabe resaltar que a pesar de que este crecimiento es aún reducido, se espera que aumente en los próximos años.


Gráfico N° 15: Participación de mercado (% de abonados) en telefonía móvil de Chile



Fuente: SUBTEL Chile, junio 2015
La información de 2015 está actualizada a marzo.

⁹⁰ Estadísticas SUBTEL 2015

⁹¹ *ibid.*

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 64 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Cabe destacar que en Chile los diferentes OMV están cubriendo la demanda de nichos específicos del mercado de servicios móviles. Así, Virgin Mobile, desde que inició sus operaciones, buscó atender la demanda de los jóvenes chilenos ofreciendo planes específicos para este sector de la población.

Por su parte, el público objetivo de Móvil Falabella comprende a los clientes del grupo Falabella; es decir, a los clientes de la extensa red de tiendas *retail* chilena, así como a los clientes de los servicios financieros que este grupo brinda. De este modo, este OMV ya contaba con una masa crítica de clientes establecida, a los cuales iría dirigida su oferta, la cual principalmente está basada en ofertas que involucran productos o servicios del Grupo Falabella.

Además, existen OMV más recientes que tienen como visión satisfacer la demanda de servicios móviles de fanáticos de clubs deportivos, por ejemplo, los OMV Colo-Colo Móvil y Wanderers Móvil. Colo-Colo Móvil, aparte de ofrecer diferentes planes de voz, SMS y datos, brinda una aplicación en donde ofrece toda la información sobre este equipo, lo cual lo diferencia de otros OMR y OMV.

En conclusión, el ingreso de los OMV al mercado de servicios móviles está empezando a generar una mayor competencia, que se evidencia, en principio, mediante el solo aumento del número de operadores así como la redistribución de las participaciones de mercado. Por otro lado, como segundo efecto, se aprecia que el número de ofertas está empezando a aumentar y ser más variado.


Cabe resaltar que los cambios presenciados en el mercado de comunicaciones móviles en América Latina tras la entrada de los OMV aún son menores, debido principalmente a que la incursión de estos nuevos agentes es incipiente y, a diferencia de Europa, no tan afianzada.

10.5. Respuesta de los OMR a la entrada de los OMV

Como se ha visto, la principal consecuencia de la entrada de los OMV es el aumento de la competencia en el mercado de comunicaciones móviles. Asimismo, como ya se había señalado anteriormente, los OMR han buscado responder a las estrategias de los OMV, y sus consecuentes efectos sobre la competencia a fin de no verse tan afectados.

Sobre el particular, debe considerarse que típicamente la estrategia de las OMV es centrarse en un segmento o nicho particular de mercado que no está siendo correctamente atendido por los operadores con red. En ese sentido, la estrategia de respuesta de un operador con red también debería ser el enfoque en determinados segmentos de mercado.

Esta estrategia puede ser implementada por un operador con red de varias formas. Así, dentro de las respuestas de parte de las OMR para contrarrestar la competencia generada por los OMV, podrían mencionarse las siguientes: (i) nuevas ofertas que compitan con las de los OMV, (ii) creación de nuevas marcas

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 65 de 126

de su propiedad o a través de la celebración de un contrato de *joint venture* (iii) compra de OMV existentes; o, (iv) creación de OMV propias.

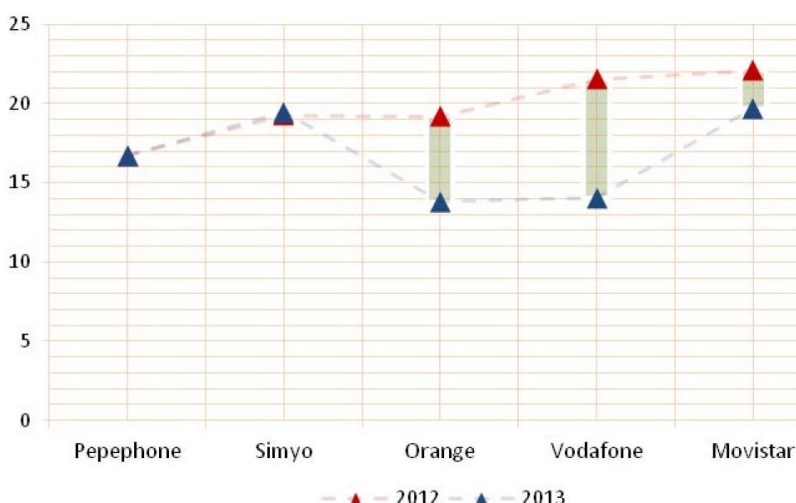
En las siguientes líneas se analizarán las respuestas de los operadores con red ante la incursión de los OMV en algunos países.

10.5.1. Respuesta de los OMR a la entrada de los OMV en España

La participación de los OMV en el mercado de comunicaciones móviles español ha generado distintas reacciones de parte de los OMR. En principio, las reacciones giraban en torno al cambio en sus ofertas comerciales, lo cual resultó como un efecto disciplinador sobre la oferta comercial de los OMR, gracias a la presión competitiva generada por los OMV.

Así, , los OMR con mayores cuotas de mercado, Telefónica, Vodafone y Orange, han mejorado la variedad de sus ofertas como un intento de mitigar la pérdida de líneas que venían observando⁹². Ello, se evidencia en el hecho de que los OMR empezaron a generar niveles de gasto a los usuarios, similares a los resultantes de las ofertas de los OMV y Yoigo, tal como se observa del siguiente gráfico:

Gráfico N° 16: España – Gastos mínimos para una cesta de consumo medio (Euros)




Fuente: Informe de Seguimiento de las ofertas comerciales de servicios de comunicaciones móviles entre 2012 y 2013. CNMC 2014.

Otra de las reacciones de los OMR, fue comprar OMV existentes. Sobre el particular, Movistar decidió ser el primero en tener una OMV de su propiedad. Para ello, en agosto del 2010 compró el 90% de las acciones de Tuenti Technologies, empresa que había nacido como red social dirigida básicamente a jóvenes⁹³. Luego de dicha compra, Tuenti

⁹² Informe de Seguimiento de las ofertas comerciales de servicios de comunicaciones móviles entre 2012 y 2013. CNMC 2014.

⁹³ Nota de prensa "Telefónica llega a un acuerdo con Tuenti para invertir en la Compañía". Ver: <http://pressoffice.telefonica.com/jsp/base.jsp?contenido=/jsp/notasdeprensa/notadetalle.jsp&id=0&idm=es&pais=1&elem=15084>. Última visita: 13 de agosto 2015

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 66 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Technologies lanzó su propio OMV bajo el nombre “Tu” hacia finales del mismo año. Finalmente, hacia noviembre de 2013, Telefónica de España adquirió el 10% restante de las acciones de Tuenti Technologies, con lo cual se hizo dueña de dicho OMV, que para entonces ya se llamaba “Tuenti Móvil”⁹⁴. Este OMV en España actualmente se hace llamar “.Tuenti”, y presenta una oferta dirigida a un público joven, pues la misma está enfatizada en brindar servicios de datos, y acceso gratuito a redes sociales tales como Whatsapp y Facebook.

Similar situación ocurrió con Orange, el tercer OMR español, y Simyo, una de las principales OMV españolas, cuya estrategia está basada en brindar tarifas de bajo coste. Hacia diciembre de 2012, Simyo fue adquirida por Orange como parte de una estrategia que le permitiera a este último segmentar su oferta entre distintas marcas comerciales⁹⁵.

Recientemente, el 26 de junio del 2015, Orange hizo pública la adquisición de otro OMV más, Jazztel, operador que sólo ofrece el servicio móvil conjuntamente al servicio fijo y ADSL⁹⁶.

Los casos mencionados muestran que una de las principales estrategias para segmentar el mercado tal y como lo hacen los OMV, fue la adquisición por parte de los OMR de operadores móviles ya establecidos. Sin embargo, otra estrategia adoptada por los OMR para lograr el mismo fin, fue la creación de nuevas marcas que se dirijan a un público determinado o la creación de OMV propias.

Sobre el particular, la estrategia de creación de segundas marcas o de OMV propias fue llevada a cabo por dos de las tres operadoras más importantes de España, Orange y Vodafone. Estos operadores buscaron atender de manera especializada a un segmento específico del mercado mediante la creación de una marca cuya imagen se diferencie de su marca emblema.


Así, Orange lanzó en junio de 2012 su segunda marca, Amena. Cabe resaltar que Orange es filial en España de France Telecom y que ésta última inicialmente operó en España bajo la marca Amena, la que luego fuera transformada a Orange. La actual Orange decidió rescatar dicha marca, Amena, para hacerla su marca de bajo coste o “*low cost*” y así atender de manera especializada a dicho segmento de mercado de consumo. Por otro lado, Vodafone creó un OMV en diciembre de 2014⁹⁷, Lowi, siendo dicha marca propiedad de Vodafone Enabler España, la

⁹⁴ Nota de prensa “Telefónica completa la adquisición de Tuenti”. Ver: <http://saladeprensa.telefonica.com/jsp/base.jsp?contenido=/jsp/notasdeprensa/notadetalle.jsp&id=0&origen=portada&idm=es&pais=1&elem=20373>. Última visita: 13 de agosto 2015

⁹⁵ Comunicado de prensa. “Orange España cierra la compra de Simyo”. Ver: http://acercadeorange.orange.es/Uplimages/files/2309/np_comprasimyo_dic_c52cfa7c92efa16417f19fcc9.pdf Última visita: 25 de agosto 2015

⁹⁶ Comunicado de prensa. Orange anuncia el éxito de su oferta pública sobre Jazztel. Ver: http://acercadeorange.orange.es/Uplimages/files/2183/np_cierreopajazztel_junio_e099f50f9cb95da14773a7d45.pdf Última visita: 25 de agosto 2015

⁹⁷ Ver: https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/lowi-static/static/nota_prensa_lowi.pdf. Última visita: 13 de agosto de 2015

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 67 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

filial de Vodafone que da servicio a los OMV que utilizan la red de este operador.

De lo anteriormente expuesto, se observa que los tres operadores incumbentes han respondido a la presión competitiva generada por los OMV en el mercado español con estrategias bastante similares.

Gráfico N° 17: España – OMR y sus OMV o segundas marcas



Fuente: Xataka móvil

Sobre el particular, Amena de Orange, Lowi de Vodafone y Tuenti de Telefónica, apuntan a mercados bastante similares. Sus ofertas se basan en bolsas que incluyen principalmente megabytes para navegar en internet, así como acceso ilimitado a redes sociales. Lo anterior muestra claramente que el público objetivo de estas marcas es el de usuarios jóvenes, cuya capacidad de gasto es reducida. Así, podrían competir con OMV como Pepephone y MásMóvil, cuyas ofertas buscan atender a segmentos de mercado similares.

La siguiente tabla muestra las tarifas que estas segundas marcas y OMV ofrecen:

Cuadro N° 3: España - Tarifas de segundas marcas y OMV propiedad de OMR


OMR	OMV o segunda marca	MB	Minutos		Tarifa
			Tarifa por minuto	Cantidad	
Orange	Simyo	1000	n.d.	100	9.50 €
	Amena	1000	0*	n.a.	6.95 €
Movistar	Tuenti	1000	n.d.	50	7 €
Vodafone	Lowi	1000	0**	n.a.	6 €

(*) 18 céntimos por establecimiento de llamada

(**) 18.15 céntimos por establecimiento de llamada

Fuente: Páginas web de las empresas. Última visita: 14 de agosto 2015

Elaboración: OSIPTTEL

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 68 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	


De otro lado, es preciso mencionar que la aparición de estas segundas marcas y OMV propias de los OMR han generado también ciertos efectos o cambios en el comportamiento del mercado en términos de competencia. Así, si se observa nuevamente el gráfico N°6, es claro que a partir del año 2012, la participación de mercado de Orange aumentó ligeramente hasta mantenerse en 23% a inicios del 2015, siendo que anteriormente dicha participación mostraba una tendencia decreciente. Esto coincide con la adquisición de Simyo por parte de la referida operadora. En ese sentido, se podría concluir que dicha adquisición afianzó la posición de Orange, mientras que los efectos sobre los OMV no son tan claros pues, como se puede observar en el mismo gráfico, la participación de mercado de los OMV no ha parado de crecer, siendo que actualmente su participación es de 17%.

Sin embargo, sobre la dinámica de los OMV y las segundas marcas, corresponde señalar que los primeros han manifestado una posible afectación derivada de la actuación de las segundas marcas de los OMR. Así, la Asociación de operadores móviles virtuales en España (AENOM) que agrupa a OMV como Pepephone, MÁSmovil, Hits Mobile, Happy Mobile, Digimobil, FonYou, KPN (Simyo y Blau) ha manifestado a inicios del 2013, que las OMR han promovido algunas prácticas anticompetitivas mediante el lanzamiento de sus ofertas “*low cost*”, sin que esté garantizado que los costes de red con los que operan sean equiparables a los que tienen los OMV en el mercado de servicios móviles⁹⁸.

Así también, aunque la información que se tiene hasta marzo de 2015 sobre el mercado móvil español no muestra que la aparición de las segundas marcas *low cost* de las OMR haya diezmando la participación de mercado de las OMV independientes, se conoce que Suop, una OMV nacida en 2013, denunció a las OMR incumbentes (Movistar, Vodafone y Orange) ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia - CNMC, toda vez que *“los OMV de los operadores de red suelen presentar los precios más bajos del mercado de bonos de 1GB, con un precio difícilmente rentable para los OMV ajenos al operador de red”*. De acuerdo a Suop, la referida dinámica de mercado, es una consecuencia directa de que las OMR se encuentren afianzando sus participaciones de mercado tras la adquisición de OMV o la creación de sus segundas marcas. En ese sentido, Suop argumenta que dicha situación está provocando una aparente intervención coordinada de los precios, por lo que solicitan a la CNMC una regulación de máximos y mínimos en las condiciones de negociación entre los OMR y los OMV, con el fin de evitar la posición dominante de los primeros⁹⁹.

⁹⁸ “Los OMV critican que los grandes operadores lancen marcas baratas para competir con ellos”. Ver: <http://www.adslzone.net/article10555-los-omv-critican-que-los-grandes-operadores-lancen-marcas-baratas-para-competir-con-ellos.html>. Última visita: 18 de agosto 2015

⁹⁹ “Por una competencia real en el sector de la telefonía móvil”. Ver: <https://www.suop.es/es/blog/-/blogs/por-una-competencia-real-en-el-sector-de-la-telefonía-móvil>. Última visita: 18 de agosto 2015

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 69 de 126

10.5.2. Respuesta de los OMR a la entrada de los OMV en Francia

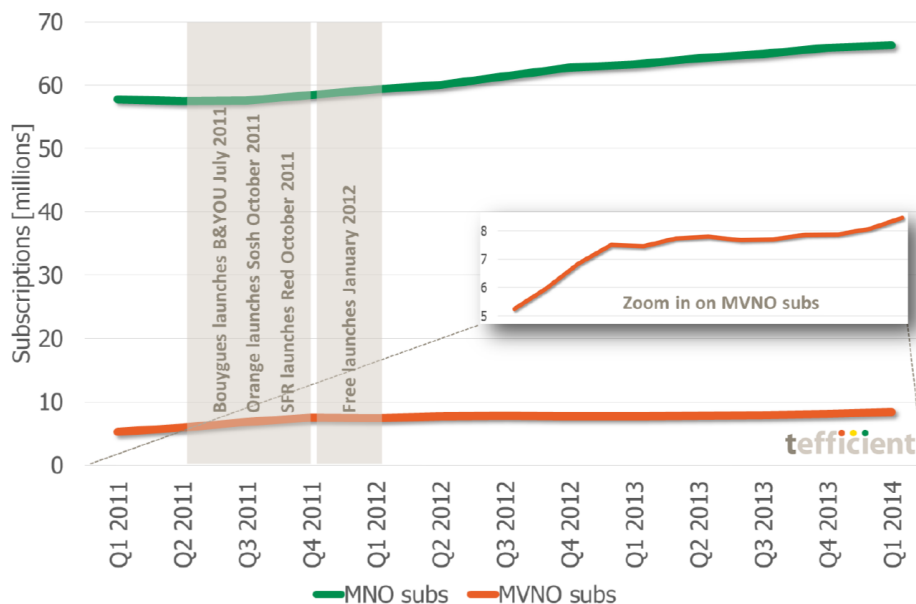
Las OMR francesas, tras la anunciada aparición de Free Mobile, el cuarto OMR cuya estrategia era similar a la de varios OMV europeos, y la incursión de las OMV, han tenido como respuesta la creación de segundas marcas. Así, hacia el año 2011, las tres OMR, Bouygues, Orange y SFR crearon una segunda marca cada una, B&YOU, Sosh y Red, respectivamente¹⁰⁰.

Así, B&YOU nació dirigida a la “generación emergente de internet”, mediante la cual Bouygues busca generar valor a partir del tráfico de datos, sin subsidiar terminales ni compromisos de contratos y con ofertas de planes de datos que van desde los 500 MB hasta 1 GB.

Por otro lado, Orange lanzó Sosh como una marca “100% digital dirigida a jóvenes entre 18 y 35 años que buscan estar conectados, mediante una oferta atractiva online y sin compromisos de por medio”. Estas ofertas, al igual que B&YOU incluyen planes que van desde los 500 MB hasta 1 GB.

Así, respecto a los efectos que la entrada de estas segundas marcas sobre el mercado, se observa que la senda de crecimiento de las OMV se detuvo y se estabilizó justamente a partir del 2012, coincidiendo con el lanzamiento de las segundas marcas en cuestión.

Gráfico N° 18: Francia – Evolución del número de suscriptores de OMR y OMV (millones)




Fuente: Tefficient. Impact of operator sub-brands on MVNO businesses. 2014

10.5.3. Respuesta de los OMR a la entrada de los OMV en América Latina

En el caso de América Latina, considerando que la incursión de los OMV no se encuentra tan afianzada como en otras partes del mundo, no es

¹⁰⁰ Tefficient. Impact of operator sub-brands on MVNO businesses. 2014

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 70 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

de esperarse que las respuestas de parte de los OMR ante la aún reducida presión competitiva generada por los OMV, hayan sido tan radicales como en Europa, por ejemplo.

Particularmente, en Colombia se ha observado que Claro, Movistar y Tigo aumentaron su catálogo de planes de acuerdo a las ofertas de los OMV existentes. Al respecto, estos OMR han empezado a promocionar planes prepago y postpago para jóvenes. Lo anterior evidencia un intento por tratar de atender al mismo segmento de mercado al de Virgin Mobile.

Además, tal como afirma la CRC, algunos OMR han empezado a imitar las ofertas que los OMV introdujeron al mercado. Así, los OMV introdujeron en el mercado ofertas tarifarias de cobro por segundos en las comunicaciones de voz, ofreciendo tarifas de 1 peso colombiano por segundo para llamada a un destino previamente elegido, de 1.6 pesos colombianos para seis destinos predefinidos y 3.3 pesos colombianos para cualquier destino. Al respecto, estas alternativas de precios también están siendo ofrecidas por uno de los operadores de red¹⁰¹.

Por otro lado, una respuesta adicional a los cambios que la entrada de los OMV ha generado en el mercado móvil colombiano es la fusión de Tigo con UNE, uno de los OMV que opera en dicho país, operación que fue realizada en abril del 2014¹⁰².

Cabe resaltar que si bien en el apartado anterior no se desarrolló la experiencia mexicana, debido a que la inserción de los OMV en dicho país ha sido reciente (junio de 2014), a efectos de ilustrar la respuesta de los OMR a la entrada de los OMV en los mercados latinoamericanos, consideramos necesario resaltar dicha experiencia. Al respecto, ante la entrada de nueve OMV, entre los cuales se encuentra Virgin Mobile y “Tuenti” (como una segunda marca de Telefónica), el OMR incumbente en dicho país, Telcel (América Móvil), ha tenido la iniciativa de crear una segunda marca a fin de, en opinión de los especialistas¹⁰³, evitar perder cuota de mercado tras la aparición de los OMV. Esta segunda marca es “Aló”, la misma que buscaría competir con Virgin Mobile y Tuenti, pues presenta un menú de ofertas que indican que su público objetivo sería precisamente aquel al que van dirigidos estos últimos, el público joven¹⁰⁴.


¹⁰¹ Revisión marco regulatorio para la Operación Móvil Virtual y otras operaciones mayoristas. Centro de Conocimiento de la Industria y Proyecto Especiales. CRC Colombia. Junio 2015.

¹⁰² Se aprobó la fusión el 15 de abril del 2014 según Resolución N° 24527 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, recién a partir del 2015 se ha iniciado el plan de integración (Ver: <http://www.une.com.co/compania/informacion-corporativa/informacion-general>) Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁰³ Ver: <http://www.xataka.com/telecomunicaciones/exclusiva-conoce-alo-el-nuevo-operador-virtual-de-telcel>. Última visita: 14 de agosto 2015.

Ver: <http://www.elfinanciero.com.mx/empresas/telcel-lanza-alo-para-competir-con-virgin-mobile-y-tuenti.html>. Última visita: 14 de agosto 2015

¹⁰⁴ Ver: <http://alo.mx/alo.html>. Última visita: 14 de agosto 2015

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 71 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

De lo antes expuesto, se puede concluir que la creación de segundas marcas, como estrategia de los OMR, es una práctica común a nivel internacional de respuesta al ingreso de los OMV al mercado del servicio público móvil, a tal punto que en más de un informe especializado en temas de telecomunicaciones móviles, se menciona no sólo a las OMV como operadores alternativos a los OMR, sino también a estas segundas marcas, pues ambas utilizan la misma estrategia de segmentación en mercados donde precisamente ya no hay espacio para crecer con atenciones masivas sino más bien personalizadas.

10.6. Normativa, jurisprudencia y legislación comparada

Luego de haber evaluado la definición y tipos de OMV, así como los efectos de la entrada de éstos en el mercado móvil a la luz de la experiencia internacional comparada; resulta necesario referirnos al marco regulatorio nacional e internacional a efectos de evaluar la inserción de los OMV en nuestro país.

Sobre la inserción de los OMV en el mercado peruano.-

La Ley N° 30083¹⁰⁵ - Ley que establece medidas para fortalecer la competencia en el mercado de los Servicios Públicos Móviles¹⁰⁶ (en adelante, Ley N° 30083), regula la inserción de los OMV al mercado de servicios públicos móviles con el fin de fortalecer la competencia, dinamizar y expandir este mercado. La referida norma, resulta aplicable a los concesionarios de servicios públicos móviles, personas naturales o jurídicas que deseen brindar servicios como operadores móviles o se encuentran en alguna etapa de provisión¹⁰⁷.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 004-2015-MTC¹⁰⁸ aprobó el Reglamento de la Ley N° 30083 (en adelante, el Reglamento), el cual tiene por finalidad establecer las reglas, procedimientos y disposiciones necesarias para la aplicación de la Ley N° 30083.


El propósito de ambos cuerpos normativos radica en fortalecer la competencia y dinamizar el mercado de los servicios públicos móviles a través de la inserción de nuevos agentes como los OMV, con la finalidad de dotar de dinamismo al referido mercado y contrarrestar el reducido número de OMR (Telefónica, Claro, Entel y Bitel) que cuentan con título habilitante para participar en el mercado en cuestión. Ello, toda vez que el espectro radioeléctrico en el que se desenvuelven los referidos OMR, es un recurso muy escaso, lo que origina la alta concentración del

¹⁰⁵ Publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 22 de septiembre de 2013.

¹⁰⁶ De acuerdo al Glosario de la Ley N° 30083, se entiende por servicios públicos móviles a: la telefonía móvil, el servicio de comunicaciones personales, el servicio de canales múltiples de selección automática (troncalizado), u otros que se determinen en el reglamento de la Ley N° 30083.

¹⁰⁷ Sin perjuicio de lo señalado, la Ley N° 30083 también regula el ingreso de los Operadores de Infraestructura Móvil Rural (OIMR), encargados de brindar servicios en zonas rurales. No obstante, al no ser materia del presente procedimiento, se desarrollará sólo lo concerniente a los OMV y a los Operadores Móviles con Red (en adelante, OMR).

¹⁰⁸ Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 04 de agosto de 2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 72 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

mercado de telefonía móvil, siendo así el ingreso de los OMV una manera de fomentar la competencia y el adecuado uso del recurso¹⁰⁹.

En esa línea, de acuerdo a lo señalado en la exposición de motivos del Reglamento, el ingreso de los OMV trae consigo beneficios para el mercado, los OMR y los usuarios¹¹⁰. Así, en relación al mercado, los OMV pueden generar una mayor competencia y oferta comercial permitiendo la reducción de precios y la mejora de la calidad del servicio, lo cual beneficia además a los usuarios. De otro lado, los OMR se favorecen a través de la retribución que reciben por el tráfico de voz y datos que generan los nuevos usuarios de los OMV, como también del pago por utilización de su infraestructura, distribución del riesgo y economías de escala¹¹¹.

Por último, en cuanto a los usuarios, con el incremento de la competencia en el mercado, éstos tendrán mayores opciones de elección entre operadores, disminución de precios, mayor información sobre ofertas y promociones, mejoras en la atención de clientes y en la calidad del servicio, logrando una mejora en su nivel de satisfacción y bienestar.

Sobre los OMR.-

Los OMR, son aquellos concesionarios con título habilitante para prestar servicios públicos móviles, que cuentan con red propia y asignación de espectro radioeléctrico. De acuerdo con el artículo 5.2 del Reglamento, un OMR tiene presencia en el mercado cuando su servicio ha sido puesto a disposición de los usuarios en cuando menos un distrito que conforma su área de cobertura¹¹².

Entre las obligaciones de los OMR, el artículo 3º de la Ley Nº 30083, señala que éstos se encuentran obligados a permitir, en favor de los OMV que lo soliciten, el acceso a su red¹¹³; y, como consecuencia, derecho a ser retribuidos por los

¹⁰⁹ Al respecto, revisar la intervención del señor congresista Huayama Neira, presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones, durante el debate del dictamen por unanimidad de la Comisión de Transportes y Comunicaciones, con un texto sustitutorio del Proyecto de Ley 2214/2012-CR, por el que se establecen medidas para fortalecer la competencia, dinamizar y expandir el mercado de los servicios públicos móviles, mediante la inserción de los denominados OMV y OIMR. En: Congreso de la República del Perú. Diario de los Debates. Primera Legislatura Ordinaria de 2013. 7ª sesión. Jueves 29 de agosto de 2013. Pág. 47.

¹¹⁰ Revisar lo desarrollado en la exposición de motivos del Reglamento de la Ley Nº 30083. Pág. 18-19.

¹¹¹ Cricelli, Grimaldi y Levaldi; *The competition among mobile network operators in the telecommunication supply chain*, 2011. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0925527310000526>. Página web visitada el 21 de julio de 2015.

¹¹² **Reglamento**

“Artículo 5.- Definición

5.1 El Operador Móvil con Red es el concesionario que posee título habilitante para prestar servicios públicos móviles, cuenta con red propia y asignación de espectro radioeléctrico.

5.2 Un Operador Móvil con Red tiene presencia en el mercado cuando su servicio ha sido puesto a disposición de los usuarios en cuando menos un distrito que conforma su área de cobertura. Se entiende que el servicio ha sido puesto a disposición de los usuarios cuando es ofrecido mediante puntos de venta, avisos publicitarios y/o cualquier otro mecanismo de comercialización.

5.3 La participación en el mercado del Operador Móvil con Red se determina de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.”


¹¹³ **Ley Nº 30083**

“Artículo 3. Obligaciones de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural

Los operadores móviles con red que tengan presencia en el mercado se encuentran obligados a lo siguiente:

3.1 Permitir, en favor de los operadores móviles virtuales que lo soliciten, el acceso a los elementos y servicios de su red (acceso a red).

(...)”

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 73 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

servicios y facilidades efectivamente brindados a los OMV y a requerir una garantía que respalde dicha obligación¹¹⁴.

Adicionalmente, los OMR tienen obligaciones en relación a los OMV, como no celebrar con ellos contratos de exclusividad u otros que puedan restringir la libre competencia, proporcionar condiciones mayoristas que le permitan al OMV replicar planes tarifarios, brindarles las facilidades técnicas para el cumplimiento de sus obligaciones referidas a señalización, numeración y portabilidad numérica, no condicionarles la contratación de servicios a la adquisición de otros servicios, o proveerles de la información estadística referida a la distribución del tráfico generado por sus usuarios, brindarles acceso e interconexión a sus redes, entre otros¹¹⁵.

Finalmente, sobre los OMR resulta importante hacer hincapié en que el hecho que el artículo 9 del Reglamento de la Ley N° 30083 prohíbe que exista algún tipo de vinculación legal y económica entre los OMR y los OMV que accedan a su red, dejando a salvo la posibilidad de mantener vinculación legal y/o económica con cualquier OMV que no acceda a su red. Cabe mencionar que dicha vinculación se determina de conformidad con lo dispuesto por la Resolución CONASEV 090-2005-EF/.94.10¹¹⁶ y las normas que lo modifican o sustituyan.

¹¹⁴ **Reglamento**

“Artículo 6.- Derechos del Operador Móvil con Red

En el marco de las obligaciones impuestas por la Ley al Operador Móvil con Red de brindar acceso a los Operadores Móviles Virtuales, el Operador Móvil con Red adquiere los siguientes derechos:

- a) A ser retribuido por los servicios y facilidades efectivamente contratados por el Operador Móvil Virtual, en virtud a los acuerdos que establezcan las partes y sean aprobados por el Osiptel; o, a falta de acuerdo, en los mandatos de acceso e interconexión que el Osiptel emita.*
- b) A solicitar el otorgamiento de una garantía que respalde el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Operador Móvil Virtual, de acuerdo a lo pactado por las partes o lo que el Osiptel determine en el caso de mandato de acceso e interconexión, según corresponda.*
- c) A exigir al Operador de Infraestructura Móvil Rural que le solicite brindar servicios públicos móviles, estándares de calidad de red y obligaciones de continuidad del servicio. Dichos estándares y obligaciones son determinados de conformidad con lo dispuesto por el Osiptel.*
- d) A recibir las proyecciones de demanda de tráfico de voz y de datos de manera previa al inicio de la relación contractual y de manera permanente conforme a la periodicidad y detalle establecido en el acuerdo respectivo o en el mandato de Osiptel, de corresponder.”*

¹¹⁵ Los derechos y obligaciones son señalados a modo enunciativo, encontrándose detallados en el Reglamento de la Ley N° 30083, en los artículos 6 y 7, respectivamente.

¹¹⁶ **Resolución Conasev 090-2005-EF/.94.10 – Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos**

“Artículo 5. – Definición de vinculación y presunciones.

Vinculación se define como la relación entre dos personas, naturales o jurídicas, que conlleva a un comportamiento sistemáticamente concertado. Salvo prueba en contrario, se presume la existencia de vinculación, en los siguientes casos: Entre personas jurídicas:

Cuando forman parte del mismo grupo económico tal como se define en el artículo siguiente.

Cuando una misma garantía respalda las obligaciones de ambos, o cuando más del 50% de las de una de ellas son garantizadas por la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero.


Cuando más del 50% de las obligaciones de una persona jurídica son acreencias de la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero.

Cuando una persona jurídica tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social de otra que le permite tener presencia en su directorio.

Cuando un tercio o más de los miembros del directorio o de los gerentes de una de ellas son directores, gerentes o trabajadores de la otra.

Lo dispuesto en los incisos b) y c) incluye a las empresas del Sistema Financiero para efectos de determinar la vinculación a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 87° de la Ley.

(...)”

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 74 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Sobre los OMV.-

De conformidad con el Glosario consignado en la Ley N° 30083, un OMV es aquél “concesionario¹¹⁷ que cuenta con un Registro de Operador Móvil Virtual, brinda servicios minoristas a usuarios finales y no cuenta con asignación de espectro radioeléctrico, pudiendo emplear numeración propia según lo solicite el operador móvil virtual al Ministerio de Transportes y Comunicaciones”¹¹⁸ (en adelante, MTC). A su vez, el Reglamento de la Ley N° 30083, señala que el OMV “puede prestar servicios empleando sus propios elementos de red o los de los Operadores Móviles con Red y empleando o no numeración propia, según lo solicite al MTC.”¹¹⁹

Como se puede apreciar, el carecer de asignación de espectro radioeléctrico es lo que diferencia a los OMV de OMR, siendo estos últimos a quienes deben recurrir los OMV para suscribir acuerdos de acceso e interconexión a sus redes.

Ahora bien, de conformidad con la Ley N° 30083, resulta necesario que los OMV cumplan con determinadas condiciones para poder operar en el mercado de telecomunicaciones móviles peruano, tales como las siguientes:

- (i) Estar inscritos en el Registro de OMV a cargo del MTC¹²⁰.
- (ii) No tener vinculación económica ni legal con el OMR que le brinde acceso a su red¹²¹.

¹¹⁷ Por concesionario debe entenderse a aquel que tenga título habilitante para prestar servicios públicos móviles. De no tener concesión, el Reglamento de la Ley N° 30083 ha dispuesto un procedimiento especial, el cual será explicado posteriormente.

¹¹⁸ Ley N° 30083

“ANEXO

GLOSARIO

(...)

OPERADOR MÓVIL VIRTUAL.

Es el concesionario que cuenta con un Registro de Operador Móvil Virtual, brinda servicios minoristas a usuarios finales y no cuenta con asignación de espectro radioeléctrico, pudiendo emplear numeración propia según lo solicite el operador móvil virtual al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.”

¹¹⁹ Reglamento

“Artículo 10.- Definición

El Operador Móvil Virtual es el concesionario que posee título habilitante para prestar servicios públicos móviles como Operador Móvil Virtual, cuenta con un Registro de Operador Móvil Virtual, brinda servicios minoristas a usuarios finales y carece de asignación de espectro radioeléctrico. El Operador Móvil Virtual puede prestar servicios empleando sus propios elementos de red o los de los Operadores Móviles con Red y empleando o no numeración propia, según lo solicite al MTC.”

¹²⁰ Ley N° 30083

“Artículo 4. Condiciones para la operación de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural

Las condiciones para la operación de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural son las siguientes:

4.1 Para que un concesionario sea calificado como operador móvil virtual u operador con infraestructura móvil rural, el concesionario debe obtener el registro correspondiente otorgado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

(...)”

¹²¹ Ley N° 30083


“Artículo 4. Condiciones para la operación de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural

Las condiciones para la operación de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural son las siguientes:

(...)”

4.2 Los operadores móviles con red no pueden tener vinculación legal ni económica con algún operador móvil virtual que acceda a su red.

(...)”

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 75 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

- (iii) Establecer un acuerdo de acceso a red (acceso a los elementos y servicios de su red) con el OMR, quien estará obligado a brindar dicho acceso a cambio de una contraprestación¹²².

Entre las obligaciones del OMV que se destacan en la normativa, encontramos que los referidos operadores se encuentran prohibidos de celebrar contratos de exclusividad con los OMR u otros acuerdos que puedan restringir la libre competencia¹²³.

Respecto a los usuarios, los OMV se encuentran obligados a atender reclamos, cumplir con las normas del Marco Normativo de Usuarios, así como con los indicadores de calidad, entre otras obligaciones señaladas tanto en la Ley Nº 30083 como en su Reglamento¹²⁴.

Además, teniendo en cuenta que los OMV prestarán servicios públicos móviles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Nº 30083, algunas condiciones económicas a las que están afectos son las siguientes: pago por concepto de derechos y tasa por explotación comercial del servicio, pago por concepto de canon como contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico¹²⁵, pago del 1% del monto total de su facturación anual a FITEC, y el pago por aporte por regulación al OSIPTEL¹²⁶.

¹²² Ley Nº 30083

“Artículo 6. Acceso e interconexión

Los operadores móviles con red se encuentran obligados a brindar el acceso e interconexión a sus redes a los operadores móviles virtuales que lo soliciten a cambio de una contraprestación. Los acuerdos suscritos entre las partes son aprobados por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel).”

¹²³ Ley Nº 30083

“Artículo 4. Condiciones para la operación de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural

Las condiciones para la operación de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural son las siguientes:

(...)

4.4 Los derechos, obligaciones y otras condiciones necesarias para la calificación de los operadores móviles virtuales u operadores de infraestructura móvil rural se establecen en el reglamento de la presente Ley. Sin perjuicio de ello, en ningún supuesto los operadores móviles con red, los operadores móviles virtuales o los operadores de infraestructura móvil rural pueden establecer prácticas lesivas a la libre competencia.

(...)”

¹²⁴ Ley Nº 30083

“Artículo 9. Atención al usuario y calidad

Los operadores móviles virtuales son los responsables de atender los reclamos de sus usuarios y prestar el servicio público móvil de acuerdo a indicadores de calidad de atención de los usuarios que establezca el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel).

Los operadores móviles con red son responsables del cumplimiento de los indicadores de calidad de red establecidos por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel). En la solución de reclamos que presenten los operadores móviles virtuales, los operadores móviles con red deben observar los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia, entre otros.”

¹²⁵ Esto no aplica para los OMV que solo revende servicios que emplean numeración asignada al OMR, quien será el obligado al pago de la referida contraprestación.


¹²⁶ Ley Nº 30083

“Artículo 5. Obligaciones económicas de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural

Las obligaciones económicas derivadas de la operación de los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural son las siguientes:

5.1 Los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural se encuentran obligados a efectuar pagos por concepto de derechos y tasa por explotación comercial del servicio. Los montos se fijan en el reglamento de la presente Ley.

5.2 Los operadores móviles virtuales se encuentran obligados a efectuar pagos al Estado por concepto de canon como contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico. La metodología que se aplica para el establecimiento de los montos, la forma de pago y demás condiciones que regulen el pago de este canon se fija en el reglamento. Sin embargo, si el

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 76 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Finalmente, debido a la importancia del OMV para el mercado de servicios públicos móviles, su actuación y la de los OMR están sujetas a principios como: igualdad de acceso, neutralidad, no discriminación, libre y leal competencia, atención y defensa del consumidor, y a todos aquellos consagrados en el Texto Único de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 013-93-TCC y su reglamento¹²⁷ (en adelante, TUO de la Ley de Telecomunicaciones).

Sobre el título habilitante.-

Los concesionarios habilitados para prestar servicios públicos móviles¹²⁸ que pretendan hacerlo en calidad de OMV, deben inscribirse en el Registro de OMV, que es el título habilitante a cargo del MTC que faculta a los titulares de una concesión única a brindar servicios públicos móviles (voz y/o datos) en el marco de la Ley Nº 30083 y sus normas relacionadas.

El procedimiento de inscripción en el Registro de OMV, se inicia con la presentación de la solicitud dirigida a la Dirección de Concesiones del MTC, la cual debe estar acompañada por una copia simple del certificado de habilidad vigente del ingeniero que autoriza el perfil del proyecto y del pago del derecho de trámite correspondiente¹²⁹.

operador móvil virtual solo revende servicios que emplean numeración asignada al operador móvil con red, este último es el obligado al pago de la referida contraprestación.

5.3 Los operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural destinan el 1% del monto total de su facturación anual al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITE). Asimismo, abonan al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) el aporte por regulación al que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos."

¹²⁷ Reglamento

"Artículo 3.- Principios

El Operador Móvil con Red, el Operador Móvil Virtual y el Operador de Infraestructura Móvil Rural se sujetan a los siguientes principios:

1) Principio de Igualdad de Acceso: *El Operador Móvil con Red, el Operador Móvil Virtual y el Operador de Infraestructura Móvil Rural están obligados a brindar a sus usuarios y proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones trato igualitario ante condiciones iguales o equivalentes.*

2) Principio de Neutralidad: *El Operador Móvil con Red, el Operador Móvil Virtual y el Operador de Infraestructura Móvil Rural no deben utilizar su condición de operadores, incluido el uso de los elementos de red que controlen, para obtener ventajas para sí mismos o para sus empresas vinculadas, en detrimento de sus competidores, afectando la competencia.*

3) Principio de No Discriminación: *El Operador Móvil con Red, el Operador Móvil Virtual y el Operador de Infraestructura Móvil Rural, de acuerdo a la oferta disponible, no pueden negar el servicio a ninguna persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones establecidas para dicho servicio, conforme a la normativa vigente.*

4) Principio de Libre y Leal Competencia: *El Operador Móvil con Red, el Operador Móvil Virtual y el Operador de Infraestructura Móvil Rural deben desarrollar sus actividades sin realizar actos que afecten o puedan afectar la libre y leal competencia, la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, la provisión de las facilidades de red u otras actividades a su cargo.*

5) Principio de Atención y Defensa del Consumidor: *El Operador Móvil con Red, el Operador Móvil Virtual y el Operador de Infraestructura Móvil Rural deben desarrollar sus actividades con estricto cumplimiento de las disposiciones del Marco Normativo de Usuarios.*


Asimismo, los citados operadores se sujetan a los principios establecidos en la Ley de Telecomunicaciones y en su Reglamento, en lo que les resulta aplicable."

¹²⁸ Decreto Supremo Nº 013-93-TCC - Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones

"Artículo 14.- *Los teleservicios o servicios finales se prestan en régimen de libre competencia, por cualquier persona nacional o extranjera, directamente o en forma asociada.*

Para la prestación de los teleservicios o servicios finales públicos, se requerirá de contrato, de concesión. Para el caso de los servicios finales privados y de radiocomunicación se requerirá de autorización, permiso y licencia."

¹²⁹ El procedimiento para la inscripción en el Registro de OMV está descrito desde el artículo 40 al 46 del Reglamento de la Ley Nº 30083.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 77 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

La inscripción en el Registro de OMV se realizará en un plazo de treinta (30) días contados desde la admisión de la solicitud y contendrá la identificación del solicitante, el servicio, el plazo de inicio de la prestación del servicio (no prorrogable), derechos y obligaciones del concesionario, plan de cobertura y penalidades.

De otro lado, en caso una empresa operadora no cuente con concesión y desee participar del mercado de servicios públicos móviles, el Reglamento¹³⁰ ha previsto un procedimiento especial de otorgamiento de concesión para el caso de un solicitante que pretende prestar servicios como OMV, pero no cuenta con una concesión ni se encuentra habilitado para prestar servicios públicos móviles de telecomunicaciones, resaltando que esta concesión solo habilita a prestar servicios públicos móviles como OMV y es otorgada a solicitud de parte previo cumplimiento de determinados requisitos y trámites. Así, en este supuesto, la solicitud de concesión y de registro como OMV se tramitan conjuntamente.

Finalmente, en relación a este punto, corresponde manifestar que las causales de cancelación del registro serán de pleno derecho cuando el concesionario no inicie la prestación del servicio dentro del plazo previsto en el Registro, se suspenda la prestación del servicio sin previa autorización del MTC, o se incumplan otras obligaciones convenidas como causal de cancelación de la inscripción del Registro¹³¹.

Sobre el acceso e interconexión a la red de un OMR.-

En relación al acceso e interconexión a las redes de los OMR, el artículo 6º de la Ley Nº 30083 establece la obligación y las condiciones en las que éstos deben brindar acceso e interconexión a sus redes a los OMV que así lo soliciten, a cambio de una contraprestación y en el marco de un acuerdo que deberá ser aprobado por el OSIPTel¹³².

En un escenario ideal, tanto el OMV como el OMR negociarán los términos y condiciones del acuerdo que comprenderá compromisos u obligaciones relacionados con el acceso, la interconexión y la operación con las redes¹³³. Para

¹³⁰ Las reglas en torno a la concesión para la prestación de servicios públicos móviles de los OMV, se encuentran desde el artículo 30 al 39 del Reglamento de la Ley Nº 30083.

¹³¹ **Reglamento**

“Artículo 46.- Causales de cancelación del registro

46.1 La cancelación de la inscripción se produce de pleno derecho, si la concesionaria incurre en alguna de las siguientes causales:

1. No iniciar la prestación del servicio dentro del plazo previsto en el Registro.
2. Suspensión de la prestación del servicio sin previa autorización del MTC, salvo que ésta se produzca por causas de fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditadas.
3. Incumplimiento de otras obligaciones contraídas por el concesionario, cuando hayan sido expresamente convenidas como causal de cancelación de la inscripción del Registro.


46.2 En caso de incurrir el concesionario en alguna de las causales, la Dirección de Concesiones procede de oficio a la cancelación de la inscripción respectiva; debiendo emitir la resolución directoral correspondiente.”

¹³² **Ley Nº 30083**

“Artículo 6. Acceso e interconexión

Los operadores móviles con red se encuentran obligados a brindar el acceso e interconexión a sus redes a los operadores móviles virtuales que lo soliciten a cambio de una contraprestación. Los acuerdos suscritos entre las partes son aprobados por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel).”

¹³³ Según el numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley Nº 30083, los acuerdos entre OMR y OMV deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 78 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

tal efecto, tendrán un plazo máximo de sesenta (60) días calendario contados a partir de la fecha de solicitud de acceso del OMV. De llegar a un acuerdo, éste deberá ser remitido al OSIPTEL para su aprobación (tal como fue señalado en el párrafo anterior). Sin embargo, a falta de acuerdo en las condiciones técnicas y/o económicas, el OMV puede solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de acceso e interconexión¹³⁴.

Asimismo, con el objetivo de dar celeridad a la relación de acceso e interconexión, en caso exista una falta de acuerdo entre las partes, de oficio o a solicitud de parte, el OSIPTEL podrá disponer de un mandato de acceso e interconexión temporal, hasta tomar una decisión final al respecto¹³⁵.

En la misma línea, el artículo 11 del Reglamento, señala entre otros derechos de los OMV, el acceder: a la red del OMR, sea a través de un acuerdo o, en su defecto, un mandato; a servicios mayoristas del OMR que le permitan establecer su propia oferta comercial; a condiciones mayoristas que le permitan replicar los planes tarifarios de los servicios públicos móviles que brinda el OMR desarrollando su propia oferta comercial; y, a condiciones no discriminatorias brindadas a otros OMV¹³⁶.

¹³⁴ **Ley Nº 30083**

“Artículo 8. Acuerdos entre los operadores móviles con red y los operadores móviles virtuales

Los acuerdos entre los operadores móviles con red y los operadores móviles virtuales que los soliciten comprenden compromisos u obligaciones relacionados con el acceso, la interconexión y la operación con las redes, que posibiliten al operador móvil virtual la prestación de servicios públicos móviles y deben ser presentados al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) a efectos de su evaluación y pronunciamiento. Los referidos acuerdos entre los operadores móviles con red y los operadores móviles virtuales se refieren únicamente a la provisión de servicios mayoristas para su comercialización a nivel minorista.

Las condiciones para celebrar acuerdos entre los operadores móviles con red y los operadores móviles virtuales son las siguientes:

(...)

8.3 A falta de acuerdo entre las partes en las condiciones técnicas y/o económicas, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), mediante mandato de acceso e interconexión, señala los términos del acuerdo, los cuales son vinculantes para las partes. Cuando el acuerdo comprende únicamente la comercialización de servicios de los operadores móviles con red, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) determina las condiciones técnicas y económicas del acuerdo respectivo. Se consideran condiciones económicas al ahorro de costos del operador móvil con red, en la comercialización minorista y se toman en cuenta los cargos de interconexión, por tiempo de uso, capacidad u otra forma de pago, tal que permita al operador móvil virtual replicar la oferta comercial del operador móvil con red.

(...)

¹³⁵ **Ley Nº 30083**

“Artículo 8. Acuerdos entre los operadores móviles con red y los operadores móviles virtuales

Los acuerdos entre los operadores móviles con red y los operadores móviles virtuales que los soliciten comprenden compromisos u obligaciones relacionados con el acceso, la interconexión y la operación con las redes, que posibiliten al operador móvil virtual la prestación de servicios públicos móviles y deben ser presentados al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) a efectos de su evaluación y pronunciamiento. Los referidos acuerdos entre los operadores móviles con red y los operadores móviles virtuales se refieren únicamente a la provisión de servicios mayoristas para su comercialización a nivel minorista.

Las condiciones para celebrar acuerdos entre los operadores móviles con red y los operadores móviles virtuales son las siguientes:

(...)

8.4 Con la finalidad de dar celeridad a la relación de acceso e interconexión en caso de falta de acuerdo entre las partes, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) puede disponer en un plazo no mayor de sesenta días calendario un mandato de acceso e interconexión temporal.”


¹³⁶ **Reglamento**

“Artículo 11.- Derechos de los Operadores Móviles Virtuales

Sin perjuicio de lo que se establece en la Ley y en otras disposiciones legales, el Operador Móvil Virtual tiene los siguientes derechos:

1) Al acceso y la interconexión a las redes de los Operadores Móviles con Red de manera ininterrumpida y por el tiempo requerido por el Operador Móvil Virtual, salvo que se verifiquen los supuestos de excepción a los que se refiere el numeral 13.3 del artículo 13.

2) A acceder a servicios mayoristas del Operador Móvil con Red que le permitan establecer su propia oferta comercial de servicios.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 79 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Ahora bien, con relación a las condiciones de acceso e interconexión a redes de los OMV, se debe tener en cuenta que el acceso, la interconexión y los servicios para la comercialización minoristas, deben prestarse de forma ininterrumpida y por el tiempo que fuera requerido, teniendo los OMR que diferenciar el tráfico que se curse hacia los OMV y hacia sus propias redes. Además los OMR deben ofertar los servicios mayoristas en condiciones no menos favorables ni discriminatorias, y deben prever al momento de diseñar y desplegar su red, la capacidad necesaria para atender a sus usuarios y a aquellos del OMV su red de infraestructura¹³⁷.

Sin perjuicio de lo señalado, no en todos los casos el OMR estará obligado a brindar acceso e interconexión a sus redes a los OMV, estableciéndose en el artículo 13.3 del Reglamento los supuestos de excepción en los que el referido operador puede denegar dicho acceso o sus servicios para su comercialización minorista, sin que esto constituya una infracción al principio de No Discriminación, tal como se señala a continuación¹³⁸:

- 3) A acceder a condiciones mayoristas que les permitan, desarrollando su propia oferta comercial, replicar las tarifas de servicios públicos móviles de voz, mensajes de texto y de acceso a internet que brinda el Operador Móvil con Red.
- 4) A solicitar la intervención del Osiptel, si luego de transcurridos sesenta días calendarios de solicitado el acceso e interconexión, no llegase a un acuerdo con el Operador Móvil con Red.
- 5) A acceder a condiciones no discriminatorias respecto a las brindadas a otros Operadores Móviles Virtuales, de conformidad con lo dispuesto en el principio de Igualdad de Acceso.
- 6) En los casos en los que el Operador Móvil Virtual cuente con su propio código IMSI, a que sus usuarios puedan originar o culminar comunicaciones de voz y datos en el marco de los acuerdos de roaming internacional que el Operador Móvil Virtual suscriba con operadores de otros países. Sin perjuicio de ello, el Operador Móvil Virtual y el Operador Móvil con Red pueden acordar en los contratos de acceso e interconexión que suscriban, la aplicación de los acuerdos de roaming en sus relaciones comerciales.
- 7) A realizar las actividades que resulten necesarias para la implementación del servicio a brindar, directamente o a través de terceros. Sin perjuicio de ello, el Operador Móvil Virtual es el responsable de la prestación del servicio frente a sus usuarios y frente al Operador Móvil con Red, respecto de los términos a los que arribe en sus acuerdos o mandatos.
- 8) A presentar sus argumentos ante el Osiptel en los procedimientos que el Operador Móvil con Red al que accede inicie, para la obtención de la autorización de implementación de medidas de gestión de tráfico que pudieran afectarle.
- 9) A migrar a otro Operador Móvil con Red con toda la base de datos de sus abonados, en cuyo caso el Operador Móvil Virtual debe garantizar la continuidad del servicio."

¹³⁷ **Ley Nº 30083**

"Artículo 7. Condiciones de acceso e interconexión

Las condiciones de acceso e interconexión a redes de los operadores móviles son las siguientes:

- 7.1 El acceso e interconexión a las redes del operador móvil con red, así como a los servicios para la comercialización minorista, se brinda de manera ininterrumpida y por el tiempo requerido por el operador móvil virtual, salvo que se verifiquen los supuestos de excepción establecidos en el reglamento de la presente Ley.
- 7.2 Los operadores móviles con red deben diferenciar el tráfico que se curse hacia los operadores móviles virtuales y hacia sus propias redes, a través de la numeración u otros mecanismos.
- 7.3 Los operadores móviles con red deben ofertar a los operadores móviles virtuales los servicios mayoristas que aquellos presten, en condiciones no menos favorables ni discriminatorias, de forma tal que se permita a estos últimos replicar las ofertas minoristas de los primeros.
- 7.4 Los operadores móviles con red deben prever la capacidad necesaria para atender a sus usuarios y a los usuarios del operador móvil virtual, al momento de diseñar y desplegar su infraestructura de red."


¹³⁸ **Ley Nº 30083**

Artículo 13.- Del Acceso e Interconexión

"(...)

13.3 La denegatoria del acceso e interconexión del Operador Móvil Virtual a las redes de los Operadores Móviles con Red, así como a los servicios de éstos para su comercialización minorista, es posible únicamente en los siguientes supuestos de excepción:

- 1) Cuando la interconexión solicitada por el Operador Móvil Virtual no esté contemplada por la Ley de Telecomunicaciones o su Reglamento General.
- 2) Cuando a juicio del Osiptel se ponga en peligro la vida o seguridad de las personas o se cause daño a las instalaciones y equipos del Operador Móvil con Red a quien se le formula la solicitud de acceso e interconexión y/o de servicios para su comercialización minorista.
- 3) Cuando se verifique que existen condiciones técnicas inadecuadas que pongan en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios; siempre que así lo determine el Osiptel.
- 4) Cuando el Operador Móvil Virtual mantenga deudas impagas con el Operador Móvil con Red, previo pronunciamiento del Osiptel.
- 5) En otros casos que lo establezcan de manera expresa, las normas complementarias que apruebe el Osiptel.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 80 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

- (i) cuando la interconexión solicitada por el OMV no esté contemplada por el TUO de la Ley de Telecomunicaciones o su Reglamento General;
- (ii) OSIPTEL determine que se ha verificado que existen condiciones técnicas inadecuadas que pongan en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios;
- (iii) a juicio del OSIPTEL se ponga en peligro la vida o seguridad de las personas o se cause daño a las instalaciones y equipos del OMR;
- (iv) cuando el OMV mantenga deudas impagas con el OMV; y,
- (v) otros casos establecidos en las normas complementarias aprobadas por el OSIPTEL.

10.6.1. Legislación comparada

Ahora bien, no en todos los países se ha regulado el ingreso de las OMV a los mercados móviles, siendo que en algunos casos los reguladores han tenido mayor intervención al establecer a los OMR obligaciones de acceso a sus redes y/o reventa de su tráfico, como son, entre otros, el caso de España, Irlanda, Dinamarca, Noruega y Hong Kong¹³⁹, y algunos países de América Latina, como Perú, Ecuador, Argentina. Mientras que en otros países como Reino Unido, Holanda, Francia, Estados Unidos¹⁴⁰, Chile y Colombia, no se ha impuesto tal obligación, respetándose los acuerdos privados entre OMV y OMR que han ido surgiendo, los cuales son supervisados por las autoridades, posteriormente a su celebración.

Cabe precisar que la regulación de los OMV es diferente en cada país, no limitándose solo a la obligación que se impone a los OMR de permitir el acceso a su red, sino que también abarca temas como títulos habilitantes, tarifas, cargos de interconexión, entre otros.

De manera complementaria, se describe la regulación que han promovido algunos países respecto a los OMV y la situación al año 2014 de estos operadores¹⁴¹:


13.4 No se infringe el principio de No Discriminación regulado en el artículo 3, cuando la negativa se sustenta en cualquiera de las causales señaladas en el numeral 13.3."

¹³⁹ OSIPTEL. Documento de Trabajo Nº 15: Operadores Móviles Virtuales: Funcionamiento, Experiencia Internacional y Recomendaciones sobre Modificaciones Normativas necesarias para su eventual funcionamiento en el Perú, 2013. Pág. 26.

¹⁴⁰ Ibídem.

¹⁴¹ Elaborado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, Colombia (CRC). *Revisión marco regulatorio para la operación móvil virtual y otras operaciones mayoristas*. Documento Amarillo. Versión Comité de Comisionados. Junio 2015. Pág. 26.

En: https://www.crcom.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2015/Actividades_regulatorias/OMV_Mayoristas/Doc_Amarillo_OMV.pdf. Página web consultada el 05 de agosto de 2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 81 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

País	Lanzamiento OMV	No. OMR	No. OMV	Participación de los OMV	Medidas regulatorias
España	1998*	5	52	10,60%	Obligación a los OMR a ofrecer acceso a OMV
Reino Unido	1999	5	155	15,60%	No intervención, con controles de competencia
Alemania	1991	5	158	35%	No intervención. Licencias de GSM (1990) obligaban a facilitar el acceso a los OMV.
Holanda	1999	3	67	38%	No intervención
Estados Unidos	1995	4	180	10,14%	No intervención, con controles de competencia
Brasil	2010	11	7	0,03%	Obligación de negociación con los prospectos de OMV
Chile	2008	6	8	1,26%	Obligación a los OMR a ofrecer acceso a OMV, incluida oferta de referencia
Argentina	2000*	3	3	-	Obligación a los OMR a ofrecer acceso a OMV

Fuente: CRC, Colombia.

*Si bien para el año señalado los OMV tenían la posibilidad de entrar al mercado, se requirieron desarrollos regulatorios posteriores para que efectivamente se diera el primer lanzamiento de un OMV.

A continuación, revisaremos la experiencia internacional de algunos países que pueden resultar relevantes al momento de comprender la importancia de la regulación de los OMV en el Perú.


A) España

La figura de OMV aparece en España a través de la Orden Ministerial CTE/601/2002¹⁴², la cual establece un nuevo tipo de licencia habilitante (tipo A2) para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público (móvil virtual); éstas modificaciones y otras incluidas en diversas directivas que se aprobaron ese año fueron incorporadas en la Ley de Telecomunicaciones del año 2003.

Luego, a través del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración¹⁴³, se reguló el acceso de los OMV a la red del OMR, imponiéndose a estos últimos la obligación de publicar las características técnicas de sus redes, las condiciones de suministro y localización. Asimismo, la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones - CMT (ahora, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – CNMC) mantenía la potestad de hacer modificaciones en las

¹⁴² Orden CTE/601/2002 de 14 de Marzo de 2002. Publicado en el Boletín Oficial del Estado, España el 20 de marzo de 2002.

¹⁴³ Real Decreto 2296/2004 de 10 de diciembre de 2004. Publicado en el Boletín Oficial del Estado, España el 30 de diciembre de 2004.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 82 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

ofertas de referencia cuando éstas no se ajustaran a lo establecido en el mencionado reglamento.

No obstante, fue recién en el año 2006¹⁴⁴ que se impulsa efectivamente la entrada de los OMV con la Resolución de la CMT del 2 de febrero del 2006, que aprobó la definición y análisis del “*Mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil (mercado 15)*”¹⁴⁵, al fijarse la regulación que permite la entrada del OMV al mercado imponiendo a los OMR, que fueron identificados con poder significativo de mercado, obligaciones específicas como permitir el acceso a su red a precios razonables, pero sin imponer una regulación de precios en el mercado, primando el libre acuerdo entre OMR y OMV.

Al respecto, la CMT ha venido analizando cada dos años la situación de la competitividad en el mercado, siendo que de la revisión del año 2012¹⁴⁶, observó la necesidad de mantener ciertas obligaciones a los operadores con poder significativo, al encontrarse que el mercado de telefonía móvil estaba en una situación no competitiva¹⁴⁷.

B) Reino Unido

El ingreso de los OMV a este mercado se produjo en el año 1999¹⁴⁸ sin que la autoridad regulatoria y de la competencia para las comunicaciones del Reino Unido, conocido como OFCOM (antes, OFTEL), haya establecido parámetros sobre una regulación ex ante que obligue al acceso a las redes de los OMR o imponga condiciones de negociación predefinidas, primando de esta manera la libre negociación entre OMR y OMV¹⁴⁹.

En el año 2003, OFCOM realizó un estudio sobre la situación del mercado móvil, referido a “servicios de acceso y originación de

¹⁴⁴ Al respecto, en octubre de 2006 empieza a operar el primer OMV en España. Dato obtenido de la Resolución de fecha 6 de marzo de 2014 (Expediente. S/0391/11 Llamadas Móviles) de la CNMC. Pág. 12.


¹⁴⁵ Resolución de la CMT del 2 de febrero de 2006, que aprobó la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. (AEM 2005/933).

¹⁴⁶ Mediante la Resolución de fecha 10 de mayo del 2012, por la cual se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (MTZ 2011/2503).

¹⁴⁷ Se mantuvieron obligaciones existentes como: “la obligación de proporcionar servicios de terminación a todos los operadores, obligación de acceso, obligación de ofrecer los servicios, determinación a precios orientados en función de los costes de producción y de adoptar un sistema de contabilidad de costes, obligación de separación de cuentas, obligación de no discriminación, obligación de transparencia”. Asociación Iberoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicaciones (AHCIET). *Operadores Móviles Virtuales en América Latina*. Marzo 2013. Pág. 27. http://ahciet.net/index.php/ahciet-al-dia/cat_view/19-ahciet-al-dia Página web consultada el 05 de agosto de 2015.

¹⁴⁸ En ese año, la empresa Virgin Mobile realizó un acuerdo con el OMR One2One (actualmente *Everything Everywhere*, nombre comercial adquirido con la fusión con Orange en el 2010), el cual le alquiló su red.

¹⁴⁹ AHCIET. Óp. Cit. Pág. 26

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 83 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

llamadas”, que comprende los servicios mayoristas provistos por los OMR a los OMV, con el objeto de determinar si era necesaria la intervención regulatoria. De dicho estudio, la entidad en cuestión concluyó que en el mercado no habían proveedores con participación significativamente superior y que en el mercado minorista no se presentaban problemas de competencia, por lo que no correspondía regular el referido mercado¹⁵⁰.

C) México

En la derogada Ley Federal de Telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación de México (DOF) el 7 de Junio de 1995, no se usaba el término de OMV; sin embargo, se regulaba la figura de empresas comercializadoras de servicios de telecomunicaciones, las cuales proporcionaban servicios de telecomunicaciones sin poseer medios de transmisión, pero a través de un concesionario de redes públicas de telecomunicaciones¹⁵¹ (que vendrían a ser los OMR). Así, se consideraba que la derogada Ley contemplaba implícitamente a los OMV a través de la regulación de las empresas comercializadoras¹⁵².

En relación al ingreso de las OMV al mercado de México, fue con el Acuerdo P/010807/420 de fecha 1 de agosto de 2007, que el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones – COFETEL (ahora Instituto Federal de Telecomunicaciones – IFT), señaló que es posible la emisión de una opinión favorable a los solicitantes de permisos de comercialización a pesar de no existir reglamento, siempre que se cumplan con las formalidades que exige la Ley Federal de Telecomunicaciones.

El 14 de julio de 2014 fue publicado en el DOF, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión¹⁵³, que derogó la ley anterior. Esta norma tampoco utiliza la palabra OMV, pero sí amplía la regulación sobre la actuación de las comercializadoras de servicios de telecomunicaciones, reforzando temas como las autorizaciones,

¹⁵⁰ Ver documento CRC. *Condiciones Regulatorias y de Mercado Operación Móvil Virtual*, (2011). Pág. 24-25 en https://www.crcm.gov.co/recursos_user/Actividades%20Regulatorias/MercadoOperacionMovilVirtualOMV/DocumentoS_oporte.pdf Página web consultada el 05 de agosto de 2015.

¹⁵¹ **Ley Federal de Telecomunicaciones (actualmente derogada)**

“**Artículo 52.-** Para los efectos de esta Ley, se entiende por comercializadora de servicios de telecomunicaciones toda persona que, sin ser propietaria o poseedora de medios de transmisión, proporciona a terceros servicios de telecomunicaciones mediante el uso de capacidad de un concesionario de redes públicas de telecomunicaciones.” (Artículo reformado DOF 09-02-2009, 17-04-2012)

¹⁵² Al respecto, revisar:


(i) Comisión Federal de Telecomunicaciones. *Comunicado de Prensa No. 23/2009*. Pág. 2. http://www.cft.gob.mx/work/models/Cofetel_2008/Resource/8555/COMUNICADO_23_09.pdf Página web consultada el 06 de agosto de 2015.

(ii) AHCIET. Óp. Cit. Pág. 25.

¹⁵³ **Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión**

“**Artículo 3, fracción XI**

Toda persona que proporciona servicios de telecomunicaciones a usuarios finales mediante el uso de capacidad de una o varias redes públicas de telecomunicaciones sin tener el carácter de concesionario en los términos de esta Ley.”

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 84 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

derechos, obligaciones, acceso a los servicios mayoristas de los concesionarios, tarifas y otras condiciones relacionadas a su operación.

Cabe mencionar que según la fracción i) del artículo 170º de la mencionada Ley, es necesario contar con una autorización del IFT para constituirse como una comercializadora de servicios de telecomunicaciones sin ser concesionario, lo cual habilitaría a acceder a servicios mayoristas de éstos, comercializar servicios y tener numeración propia o contratarla con concesionarios.

Recientemente, el IFT, actual autoridad reguladora y de competencia del sector de telecomunicaciones en México, ha publicado para consulta pública el “*Anteproyecto de Lineamientos para la comercialización de Servicios Móviles por parte de los OMV*”¹⁵⁴, que establece disposiciones sobre la actuación de los OMV en la prestación, comercialización y reventa de servicios móviles, fijando las condiciones que deben cumplir los concesionarios que opten por prestar servicios mayoristas de telecomunicaciones móviles, los derechos y obligaciones de los OMV y las bases mínimas para la relación contractual entre OMV y concesionarios mayoristas móviles¹⁵⁵.


Al respecto, de la revisión del mencionado anteproyecto, se define al OMV como el concesionario o comercializador de servicios móviles que preste, comercialice o revenda servicios móviles o capacidades previamente contratadas con un concesionario mayorista móvil. Asimismo, el referido documento establece que se deberá entender por concesionario mayorista móvil, al titular de una concesión comercial para usar, aprovechar o explotar bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles.

Además, el documento en cuestión, señala que los OMV deben contar con concesión, autorización o permiso para prestar, comercializar o revender servicios móviles, mientras que los concesionarios mayoristas móviles, deben ofrecer sus servicios bajo condiciones no discriminatorias a los OMV, siendo que las tarifas ofrecidas se acordarán bajo condiciones de competencia efectiva.

Cabe resaltar que en el mencionado Anteproyecto, se contempla también la prohibición de que el agente económico declarado como preponderante en el sector de telecomunicaciones (o los concesionarios que formen parte del grupo de interés económico al

¹⁵⁴ Esta consulta pública tendrá una duración de 20 días hábiles que comprenderán del 10 al 17 de julio de 2015 y del 3 al 20 de agosto de 2015.

¹⁵⁵ ITF. Consulta pública del “*Anteproyecto de Lineamientos para la comercialización de Servicios Móviles por parte de los OMV*”. 2015.
<http://www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/temasrelevantes/4722/documentos/anteproyectoopmv.pdf> Página web consultada el 06 de agosto de 2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 85 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

que pertenece tal agente), participe de forma indirecta o directa en empresas que comercialicen servicios de telecomunicaciones móviles bajo la figura de OMV.

Por último, se agrega que los contratos de servicios mayoristas móviles y sus modificaciones entre los concesionarios mayoristas móviles y OMV, deben ser presentados ante el ITF para su inscripción en el Registro Público de Concesiones, siendo que, de no existir acuerdo entre las partes, estas tendrán derecho a acudir al ITF¹⁵⁶.

D) Argentina

El Decreto 764/2000 - Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones¹⁵⁷, regula el otorgamiento de las licencias y la prestación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo a los servicios de telefonía móvil.

Cabe resaltar que el mencionado decreto, no utiliza el término OMV expresamente, pero sí hace referencia en sus artículos 7 y 8¹⁵⁸ al arrendamiento de infraestructura y reventa de servicios, por lo cual se entendería que la legislación argentina también concebía esta figura durante la vigencia de la referida normativa.

Mediante Decreto 2426/2012¹⁵⁹, se incorpora de manera expresa al artículo 8º del Decreto 764/2000 la figura del OMV, señalando que *“los interesados en brindar servicios de telefonía móvil y que no posean frecuencias asignadas del espectro radioeléctrico para la prestación de estos servicios deberán contar con la licencia de servicios de telecomunicaciones y el registro de operador móvil virtual”*.

Si bien hasta el decreto en cuestión, la normativa solo exigía a las empresas que pretendían realizar servicios de telefonía móvil virtual el obtener una licencia única de la autoridad competente, la

¹⁵⁶ El derecho a acudir al ITF está regulado en el artículo 21 del Anteproyecto, el cual señala que el ITF resolverá en términos del artículo 15, fracción XIII de la Ley.

Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión

“Artículo 15. Para el ejercicio de sus atribuciones corresponde al Instituto:

XIII. Resolver los desacuerdos que se susciten entre concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, entre comercializadores, entre concesionarios y comercializadores o entre cualquiera de éstos con prestadores de servicios a concesionarios, relacionados con acciones o mecanismos para implementar o facilitar la instrumentación y cumplimiento de las determinaciones que emita el Instituto, conforme a lo dispuesto en esta Ley.”


¹⁵⁷ Decreto 764/2000. *Desregulación de los Servicios. Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones, Nacional de Interconexión, General del Servicio Universal y de Gestión y control del espectro radioeléctrico*. Publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 05 de septiembre de 2000. de 3 de Septiembre de 2000.

¹⁵⁸ **Decreto 764/2000**

“Artículo 7.1. El arrendamiento de infraestructura de telecomunicaciones a prestadores de servicios, requerirá la titularidad de una licencia de servicios de telecomunicaciones.

Artículo 8.1. Los interesados que deseen revender a terceros servicios de telecomunicaciones ofrecidos por un prestador, deberán previamente obtener una licencia de servicios de telecomunicaciones.”

¹⁵⁹ **Decreto 2426/2012.** *Reglamento sobre Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico. Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones. Modificación*. Publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 17 de diciembre de 2012.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 86 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

modificación realizada en el año 2012 prescribe la necesidad de contar con una licencia de servicios de telecomunicaciones y la inscripción en un registro de OMV; sin embargo, hasta ese momento no se regulaba cómo y bajo qué condiciones debía llevarse a cabo el acuerdo entre un OMV y un operador con red, y cuáles eran las obligaciones de estos últimos¹⁶⁰.

En el contexto anterior, se expidió la Resolución 68/2014¹⁶¹ que contiene el Reglamento de OMV, el cual establece las modalidades y procedimientos para la prestación de servicios por parte de los OMV. Asimismo, entre otras cosas, esta norma contiene temas relacionados a la actuación de los OMR, títulos habilitantes, tipos de OMV, y acuerdos entre OMV y OMR.

Así, resalta el hecho de la prohibición a los OMR de operar como OMV en su área de explotación, por sí o por sus controladas o controlantes, directa o indirectamente, o aquellas que posean una participación superior al 30% de las acciones con derecho a voto. Como la prohibición a los OMV de contratar a más de un OMR en una misma área local.

Además, los OMR, que cuentan con espectro e infraestructura, tienen la obligación de abrir un periodo anual de recepción de ofertas de OMV, así como poner a disposición hasta un 5% de su capacidad de red. El periodo de negociación se realizará por 60 días y, de no llegarse a un acuerdo, se solicitará la intervención de la autoridad competente.

E) Chile


A diferencia de otros países, el mayor impulso para la regulación de los OMV en Chile se ha dado a través de casuística. Así, en la Resolución 1667¹⁶² se desarrollaron algunos aspectos de los artículos 25º y 26º de la Ley de Telecomunicaciones¹⁶³; respecto a la obligación de los operadores concesionarios de servicios completos e intermedios de larga distancia a establecer y aceptar interconexiones según las normas técnicas. Asimismo, la mencionada resolución, interpretó que al permitirse en el artículo 26º que la explotación de servicios de telecomunicaciones pueda sustentarse en medios propios o a través de terceros, en este último caso se puede optar desde el arrendamiento de parte de una infraestructura para completar la propia o por la simple reventa de un servicio sostenido por completo en la red de un tercero.

¹⁶⁰ AHCET. Óp. Cit. Pág. 17 – 18.

¹⁶¹ Publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 28 de octubre de 2014.

¹⁶² Resolución 1667 de 26 de Diciembre de 2006 que determina sentido y alcance del inciso final del artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones y del artículo 32 del Plan técnico de Encaminamiento Telefónico, en relación con los concesionarios de servicio público telefónico que lo exploten bajo la modalidad de reventa.

¹⁶³ Ley 18168, Ley General de Telecomunicaciones del 2 de Octubre de 1982.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 87 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Por su parte, la Corte Suprema de Chile mediante sentencia 23 de diciembre de 2011¹⁶⁴, atendió la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en contra de la Sentencia N° 104 del año 2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sancionando a las empresas Entel PCS Telecomunicaciones S.A., Telefónica Móviles Chile S.A. y Claro Chile S.A., por mantener barreras de entrada artificiales a los OMV, al negarles injustificadamente oferta de facilidades para reventa.

Posterior regulaciones sobre temas de portabilidad fija y móvil, desbloqueo de terminales, convergencia fijo - móvil y políticas de compartición de infraestructuras, han favorecido la entrada de los OMV al mercado¹⁶⁵ de servicios móviles de dicho país. En tal sentido, en agosto de 2011, el Grupo GTD se convirtió en el primer OMV en operar en Chile (a pesar de tener licencia desde 2008) y en abril de 2012 ingresó *Tribe Mobile Chile* (perteneciente a la marca Virgin Mobile)¹⁶⁶.

El año pasado, la Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile – Subtel, publicó para consulta ciudadana el Reglamento sobre Oferta de Facilidades y Reventa de Planes para OMV, que busca regular las condiciones y facilidades de acceso y uso de las redes para los OMV, con la finalidad de garantizar el trato igualitario a todos los OMV y la publicidad de las ofertas. No obstante ello, a la fecha no se ha emitido reglamento alguno.

XI. ANÁLISIS DEL MERCADO DE SERVICIOS PÚBLICOS MÓVILES PERUANO

11.1. El mercado de servicios móviles con anterioridad al lanzamiento de “Tuenti”

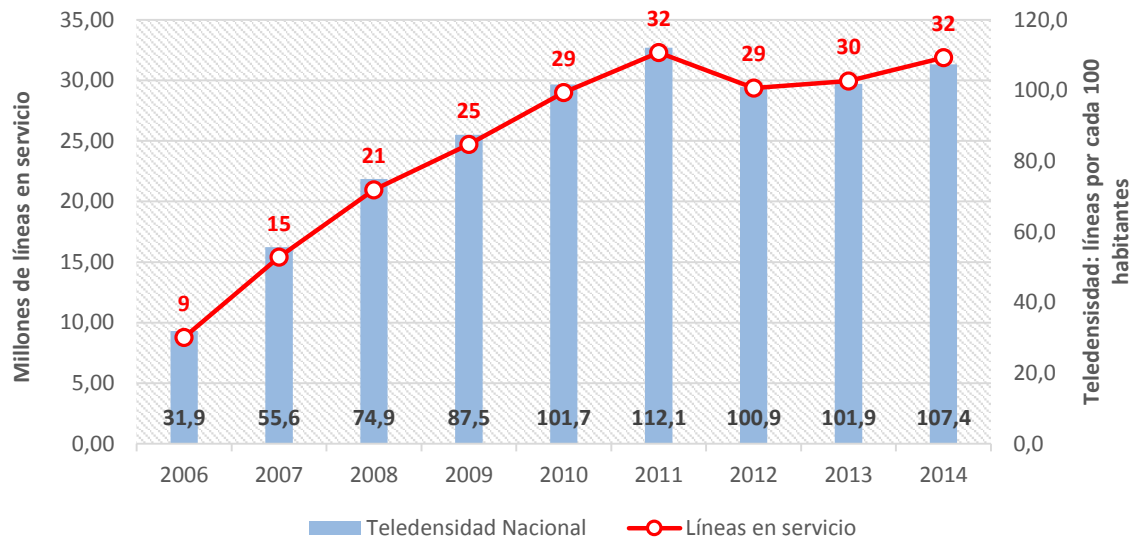
En los últimos años, el mercado de servicios móviles ha mostrado una dinámica de crecimiento muy importante. Como se puede ver en el siguiente gráfico, en enero del año 2006 el número de líneas en servicio estaba alrededor de los nueve millones, con lo cual la teledensidad del servicio era de aproximadamente treinta y dos (32) líneas por cada cien (100) habitantes. Posteriormente, en el año 2014, el número de líneas en servicio se incrementó hasta los treinta y dos (32) millones aproximadamente, mientras que la teledensidad se ubicó en niveles alrededor de ciento siete (107) líneas en servicio por cada cien (100) habitantes.

¹⁶⁴ Al respecto, ver la resolución <http://base.crcal.org/documentos/73cbb688-c5b2-4a76-b219-8a48219b9309/UNILATERAL-2011-TELEFONIA.pdf>. Página web consultada el 07 de agosto de 2015.

¹⁶⁵ AHCET. Óp. Cit. Pág. 20.

¹⁶⁶ Ídem. Pág. 21.

Gráfico N° 19: Número de líneas móviles en servicio y teledensidad a nivel nacional



Fuente: OSIPTEL

Cabe destacar que, en principio el mercado de servicios móviles se expandió principalmente gracias a la modalidad prepago. Tal como se observa en el siguiente gráfico, en enero del 2006 ocho (08) de cada diez (10) líneas móviles correspondían a la modalidad prepago, llegando casi a nueve (09) de cada diez (10) líneas en enero de 2010. Sin embargo, a partir de ese momento la modalidad prepago empezó a mostrar una ligera disminución, mientras que por otro lado, las modalidades postpago y control han ido ganando importancia.

Esta dinámica se ha producido básicamente debido a la preferencia que se presenta en los últimos años por el consumo de servicios de datos. El cambio tecnológico, principalmente relacionado a los contenidos multimedia (los usuarios de servicios móviles ya no solo son consumidores de contenidos, sino que también los crean), la búsqueda de información, así como el establecimiento de contacto a través de redes sociales, ha generado que los usuarios demanden cada vez más servicios móviles que incluyan una importante capacidad de transmisión de datos, los cuales están mayormente vinculados a planes postpago y control.


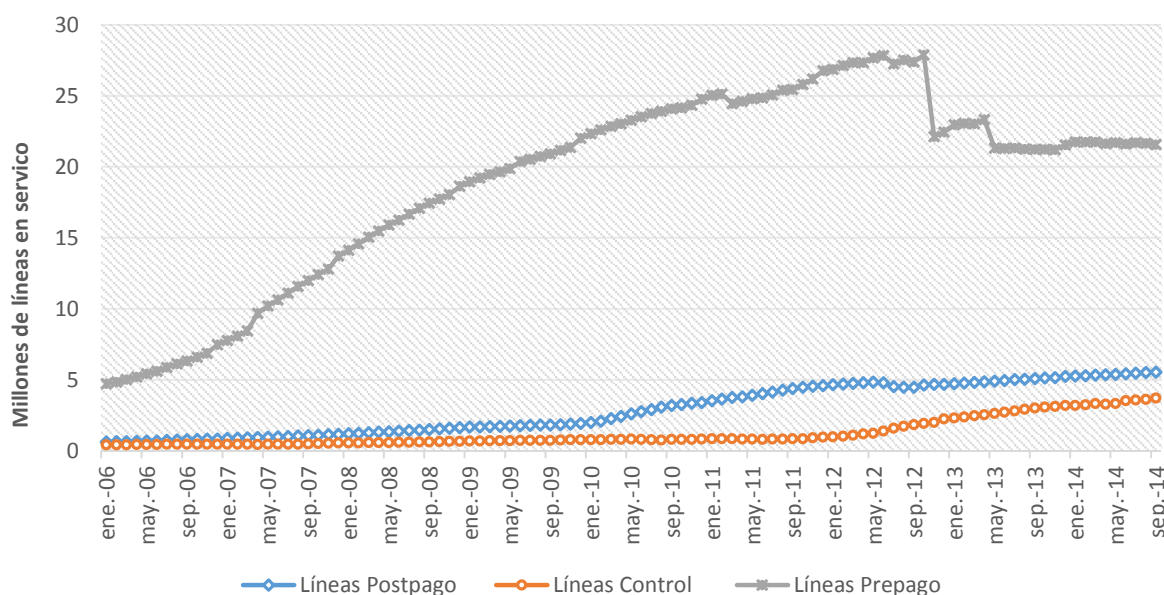
	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 89 de 126

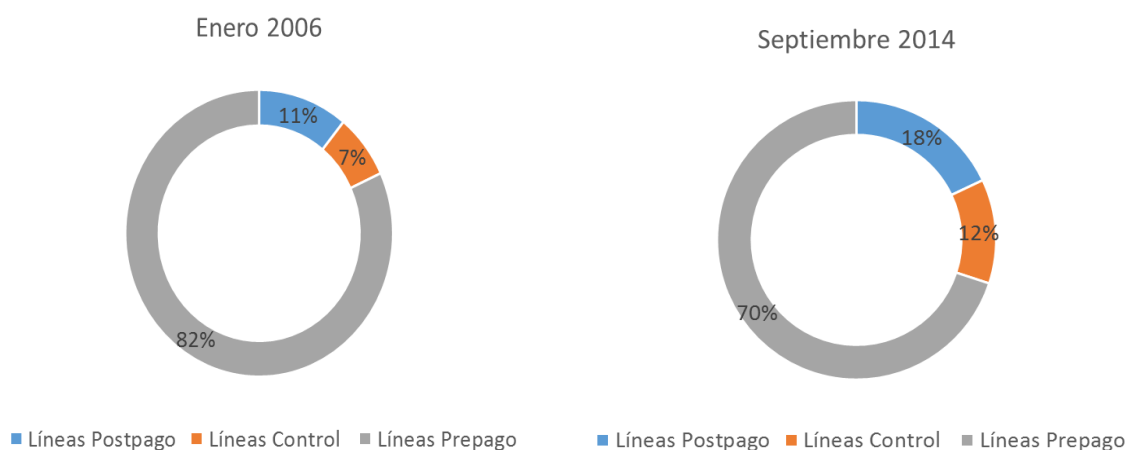
Gráfico N° 20: Evolución del número de líneas móviles en servicio por modalidad, enero de 2006 a septiembre de 2014



Fuente: OSIPTEL


Así, mientras que en enero del 2006, las modalidades postpago y control representaban solo el 18% del total de líneas en servicio, en septiembre de 2014 ambas modalidades representaban el 30% del total de líneas en servicio, observándose un mayor crecimiento en la modalidad postpago.

Gráfico N° 21: Distribución del número de líneas en servicio por modalidad, Enero de 2006 vs Septiembre de 2014



Fuente: OSIPTEL

Si bien la modalidad prepago ha reducido su participación en la base de usuarios, ésta modalidad todavía es muy importante para el acceso a los servicios móviles, ya que permite el acceso de usuarios de bajos ingresos a los servicios de telecomunicaciones, en tanto que se caracteriza por darse a través de pagos reducidos y controlados por el propio usuario.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 90 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

11.2. Dinámica competitiva del mercado de servicios móviles en el Perú

En los últimos años se han dado importantes políticas que han permitido dinamizar el mercado en busca de mayor competencia. Entre estas políticas, destacan el inicio del sistema de portabilidad numérica en el 2008 y su posterior relanzamiento en el mes de julio de 2014, y la prohibición de la venta de celulares con bloqueo por SIM en el 2015.

En términos de entrada y salida del mercado, en el periodo comprendido entre los años 2006 y 2010 el mercado de servicios móviles no tuvo mayor movimiento¹⁶⁷. En dicho periodo, TELEFÓNICA y América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, Claro) se consolidaron como los operadores más grandes del mercado, en tanto que Nextel del Perú S.A. (en adelante, Nextel), era básicamente un operador centrado en el segmento de mercado corporativo.

Posteriormente, en el año 2011 la empresa de origen vietnamita Viettel Perú S.A.C. (en adelante, Bitel) ganó el proceso de licitación de 25 MHz de la banda C de 1900 MHz para prestar servicios de telecomunicaciones a nivel nacional. Luego, en el año 2012, Bitel obtuvo también la concesión por 32 MHz en Lima y Callao y 26 MHz en el resto del país de la banda de 900 MHz, para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Cabe destacar que fue recién en octubre de 2014 que Bitel realizó su lanzamiento a nivel comercial, aunque ya venía prestando servicios desde julio de ese mismo año.

Otro hecho importante a destacar es que en abril del año 2013, la empresa de capitales chilenos Entel Perú S.A. (en adelante, Entel), que desde el 2002 ya estaba presente en el Perú a través de Americatel Perú S.A. (en adelante, Americatel), adquirió por completo a Nextel. Luego, en octubre de 2014 se realizó el lanzamiento de la marca Entel en reemplazo de la marca Nextel.


Es importante señalar también que en el año 2013, se licitó una nueva banda del espectro radioeléctrico (la banda AWS o banda 1.7/2.1GHz) para la provisión de servicios móviles a través de la tecnología LTE. Esta licitación fue ganada por Telefónica Móviles S.A. (en la actualidad TELEFÓNICA) y Americatel (40MHz cada una)¹⁶⁸, que posteriormente cedió esta banda a su vinculada Nextel, hoy Entel.

Actualmente, son siete las bandas de espectro radioeléctrico otorgadas en concesión para brindar servicios de comunicaciones móviles. Así, el espectro radioeléctrico se distribuye entre los cuatro operadores móviles de la siguiente manera¹⁶⁹:

¹⁶⁷ El año 2005 ya se había dado la fusión por adquisición de Telefónica Móviles con BellSouth Perú S.A.

¹⁶⁸ Cada empresa se adjudicó un total de 40MHz en la banda AWS, estos 40MHz se descomponen en 20MHz para el upload y 20MHz para el download.

¹⁶⁹ Ver: <http://comunicaciones.mtc.gob.pe/frecuencias/Publicos.aspx>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 91 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Cuadro N° 4: Asignación del espectro radioeléctrico para la provisión de servicios de comunicaciones móviles

	Área de Asignación	Bandas de 824-849 MHz y 869-894 MHz	Bandas de 894-899 MHz y 939-944 MHz	Bandas de 899-915 MHz y 944-960 MHz	Bandas 1850-1910 MHz y 1930-1990 MHz	Bandas de 1710-1770 MHz y 2110-2170 MHz
Telefónica del Perú	A nivel nacional	2x12.5 MHz	-	-	2x12.5 MHz	2x20 MHz
	Provincias de Lima y Callao	-	2x5 MHz	-	-	-
	A nivel Nacional excepto las provincias de Lima y Callao	-	2x8 MHz	-	-	-
América Móvil	A nivel nacional	2x12.5 MHz	-	-	2x17.5 MHz	-
Entel*	A nivel nacional	-	-	-	2x17.5 MHz	2x20 MHz**
Bitel	A nivel nacional	-	-	-	2x12.5 MHz	-
	Provincias de Lima y Callao	-	-	2x16 MHz	-	-
	A nivel Nacional excepto las provincias de Lima y Callao	-	-	2x13 MHz	-	-

(*) Es importante mencionar también que ENTEL cuenta con espectro asignado en la banda 806 - 824 Mhz y 851 - 869 Mhz, distribuidos en diferentes departamentos del Perú, atribuida al servicio troncalizado.

(**) Originalmente asignada a Americatel y posteriormente cedida a Nextel en junio de 2014.

Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

En el cuadro anterior se puede observar que actualmente el operador que cuenta con mayor cantidad de espectro es TELEFÓNICA, en tanto posee 106 MHz a nivel nacional distribuidos en las bandas de 850, 900¹⁷⁰, 1900 MHz y la de 1.7 y 2.1 GHz. Luego, el segundo operador con mayor espectro asignado es Entel, con 75 MHz, distribuidos en 2 bandas disponibles para servicios móviles, la banda de 1900 MHz y la banda de 1.7 y 2.1 GHz.

Finalmente, debe señalarse que en el corto plazo¹⁷¹ se espera la licitación de tres bloques de 30 MHz cada uno (15 MHz de ida + 15 MHz de retorno) en la banda 698-806 MHz (Banda de 700 MHz) para la prestación de servicios móviles de cuarta generación¹⁷².

Bajo este escenario, el lanzamiento de “Tuenti” en el Perú se realizó el 05 de octubre de 2014. Como ya se ha señalado, por estas fechas ocurrieron también otros hechos importantes en el mercado. El 13 de octubre se hizo el lanzamiento de Entel, la marca que reemplazaba a Nextel, mientras que el 15 de octubre de 2014, Bitel hizo su lanzamiento oficial como operador móvil en el Perú.

¹⁷⁰ En el caso de la banda de 894-899 MHz y 939-944 MHz (Banda de 900 MHz) solo se consideran los 16 MHz asignados a nivel nacional excepto las provincias de Lima y Callao.

¹⁷¹ El cronograma del proceso de adjudicación ya ha sido publicado por Proinversión, y se espera que la adjudicación se de en el primer semestre de 2016. Ver: <http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaProyecto.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=8100&SEC=24>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁷² Para mayores detalles del proceso se puede ver el “Plan de Promoción: Selección de operadores para el otorgamiento de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación de tres bloques de la banda 698-806 MHz a nivel nacional”, disponible en la web de Proinversión a través del siguiente link: http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/PC_BANDA_DE_700_MHZ/PLAN_DE_PROMOCION_BANDA_700_MHZ.pdf. Última visita: 25 de agosto de 2015.


	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 92 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

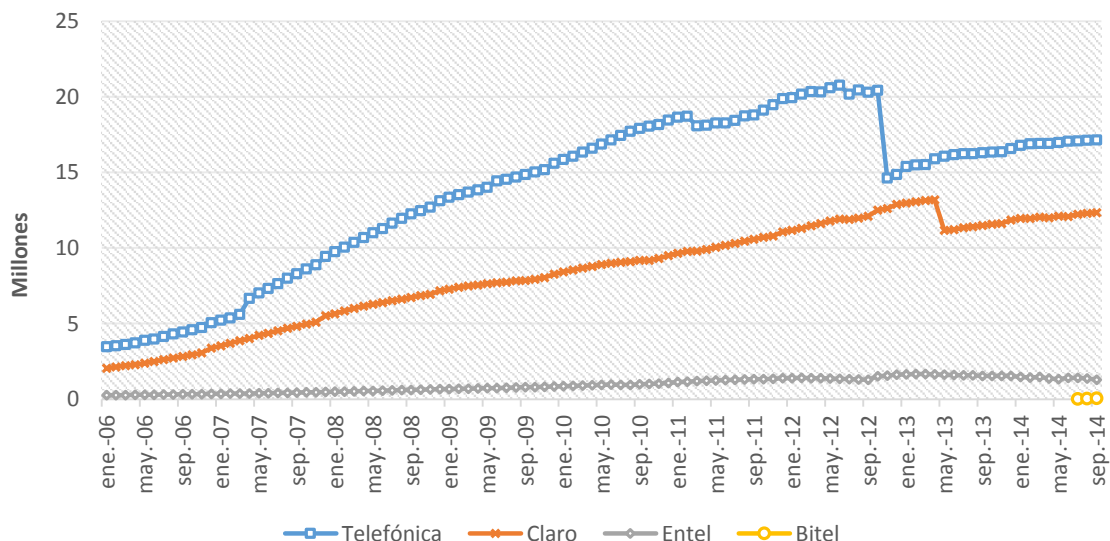
Gráfico N° 22: Marcas de servicios móviles presentes en el mercado peruano



Elaboración: OSIPTEL


De otro lado, si se observa la evolución del número de líneas móviles por empresa operadora entre enero de 2006 y septiembre de 2014, se puede ver que TELEFÓNICA siempre ha tenido el mayor crecimiento, y se ha mantenido por encima del resto de competidores, en lo que respecta a dicho indicador. Como se puede ver en el siguiente gráfico, el crecimiento de la referida operadora fue mayor entre los años 2007 y 2012. Sin embargo, en noviembre del 2012 TELEFÓNICA dio de baja a 5.8 millones de líneas móviles prepago en servicio que no reportaban tráfico. De la misma manera, a partir de mayo de 2013, Claro dejó de considerar para fines del reporte estadístico, las líneas prepago que no generaron tráfico en los últimos 3 meses.

Gráfico N° 23: Evolución del número de líneas móviles en servicio por operador, enero de 2006 a septiembre de 2014



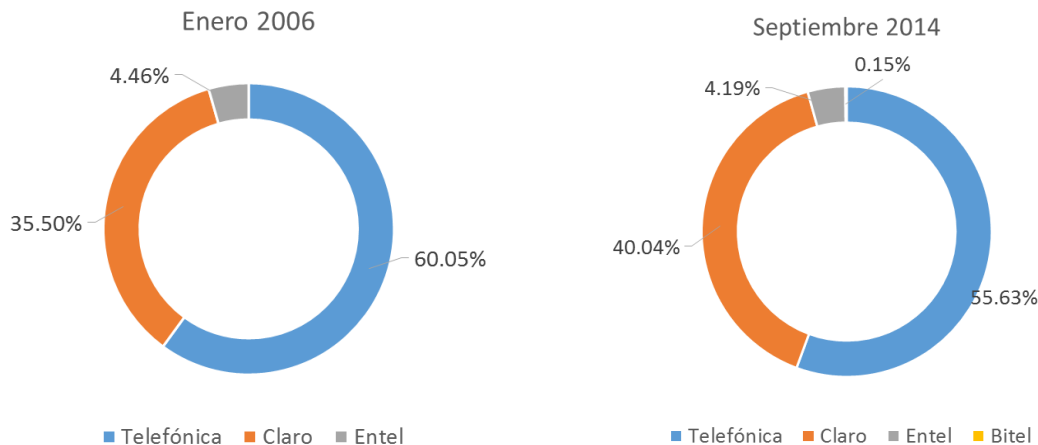
Fuente: OSIPTEL

De esta manera, se observó una fuerte reducción en el número de líneas en servicio principalmente de TELEFÓNICA, lo cual redujo la brecha existente entre esta empresa y Claro, en cuanto a la participación de ambas empresas medida en función al número de líneas en servicio.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 93 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Como se puede ver de los siguientes gráficos, en enero del 2006 el mercado estaba repartido de la siguiente manera en términos de líneas en servicio: TELEFÓNICA contaba con aproximadamente el 60% del total de líneas en servicio, Claro con el 35.5%, y Entel (en ese momento Nextel) con el 4.5%. La participación de la denunciada mantuvo una tendencia creciente, llegando en el año 2010 a niveles de alrededor del 64%. Sin embargo, luego la referida operadora perdió cuota de mercado, principalmente por la reducción de casi 6 millones de líneas prepago que no reportaban tráfico, tal como fue explicado precedentemente. Así, en septiembre de 2014 la denunciada contaba con una participación de alrededor de 55.6%, mientras que Claro tenía una cuota de mercado de 40%, Entel 4.2% y Bitel aparece con apenas 0.15%, luego de solo tres meses de operación y sin hacer su lanzamiento comercial de forma masiva.

Gráfico N° 24: Distribución del número de líneas en servicio por empresa, Enero de 2006 vs Septiembre de 2014



Fuente: OSIPTEL

Ahora bien, considerando que la modalidad relevante para la conducta analizada es el segmento prepago, centrando el análisis únicamente en este segmento, (ver el siguiente gráfico), se observa que en el año 2006 existía en el mercado una mayor participación de Claro, que ascendía al 38.3%, mientras que de otro lado, Entel (en ese momento Nextel), reducía participación a 0.85%, siendo la participación de TELEFÓNICA casi idéntica a la del mercado en general. Posteriormente, en septiembre del año 2014, TELEFÓNICA contaba con una participación mayor a la que ostentaba en el mercado en general, llegando a cerca de 58%, siendo que a dicha fecha las participaciones de Claro y Entel se incrementaron, ligeramente en el caso de Claro, y de forma más importante en el caso de Entel. Finalmente, a dicha fecha, la participación de Bitel tan solo ascendió a 0.11%.


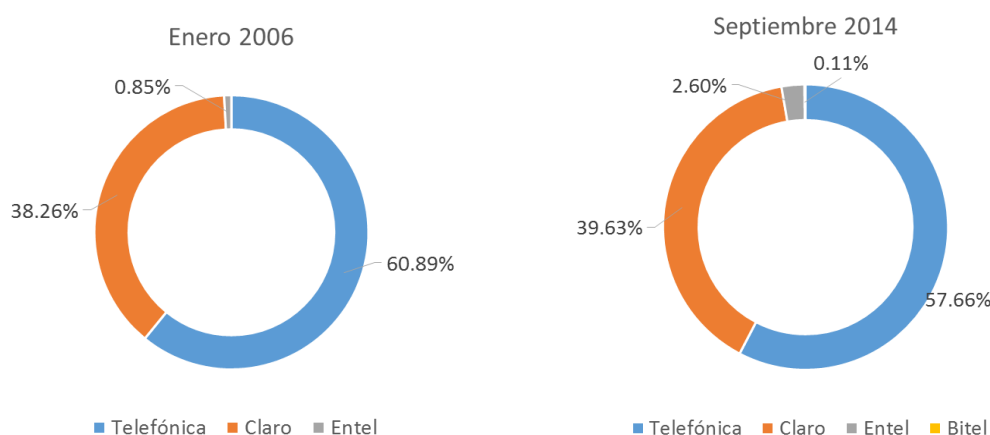
	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 94 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Gráfico N° 25: Distribución del número de líneas prepago en servicio por empresa, Enero de 2006 vs Septiembre de 2014



Fuente: OSIPTEL

Con respecto al nivel de concentración del mercado, medido a través del Índice Herfindahl-Hirschman¹⁷³, en el siguiente gráfico se observa que normalmente la modalidad prepago ha mostrado una mayor concentración que el mercado móvil en general. Asimismo, se observa que, en tanto la mayor parte de usuarios de servicios móviles pertenecen a la modalidad prepago, el índice de concentración del mercado total ha seguido siempre la misma tendencia que el índice de concentración de la modalidad prepago.

¹⁷³ El HHI (Herfindahl-Hirschman Index) fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. El HHI fluctúa entre 0 y 10,000 siendo este último caso aquel del monopolio que cuenta con el 100% del mercado. Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, según se explica en el siguiente cuadro:

Valor del HHI	Grado de Concentración	Potencialidad de Ejercicio de Poder de Mercado
Menor a 1500	Mercado no concentrado	Reducida
Entre 1,500 y 2,500	Mercado moderadamente concentrado	Moderada
Superior a 2,500	Mercado altamente concentrado	Elevada

El indicador se calcula a partir de las participaciones de mercado de N empresas, según la siguiente fórmula:

$$HHI = \sum_{i=1}^N S_i^2$$

Donde:

N = número de empresas en una industria

S_i = participación de mercado de la empresa i


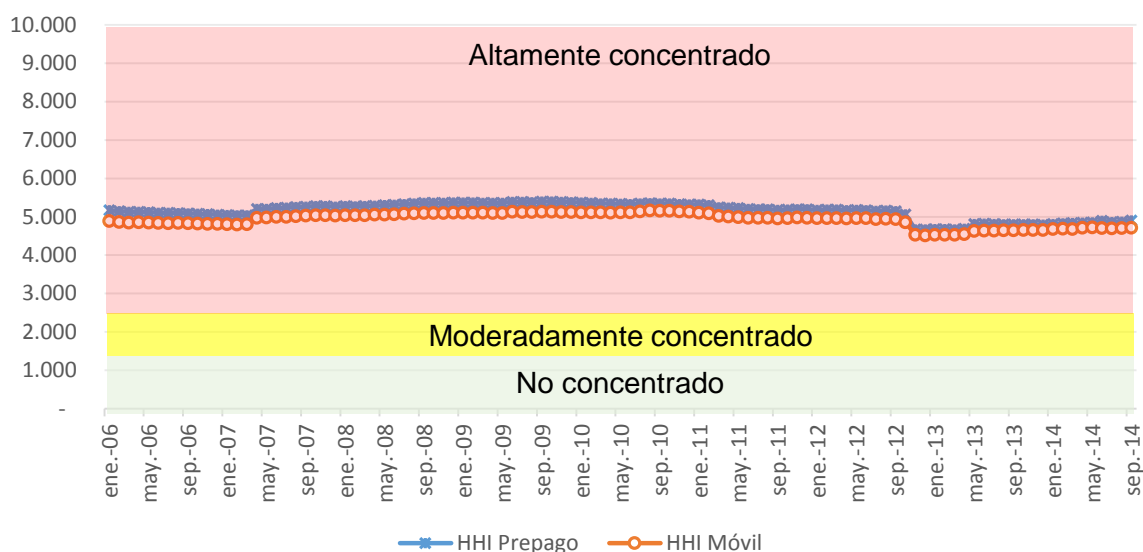
	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 95 de 126

Gráfico N° 26: Evolución del HHI del mercado móvil total y de la modalidad prepago, respecto al número de líneas en servicio




Fuente: OSIPTEL

Como se puede apreciar de lo antes señalado, si bien la modalidad prepago es la que todavía predomina en el mercado de servicios móviles, existe una tendencia a que las modalidades postpago y control ganen participación en línea con la mayor demanda por consumo de acceso a internet. Asimismo, se observa que TELEFÓNICA es la empresa con mayor cuota de mercado, y que dicha cuota es ligeramente mayor en el segmento prepago. Finalmente, debe señalarse que estamos ante un mercado altamente concentrado, y que la concentración es mayor en la modalidad prepago, sin observarse todavía un gran impacto del inicio de operaciones de Bitel en julio del 2014, o el lanzamiento de Entel en octubre de ese mismo año.

Precisamente la entrada de Bitel, el lanzamiento de Entel, y los anuncios sobre la entrada de OMV constituyen claros incentivos para que el establecido pueda desplegar todo tipo de conductas que le permitan proteger su condición de líder del mercado. En ese sentido, las conductas que podría desplegar TELEFÓNICA ante el riesgo de entrada, o la entrada efectiva, de nuevos competidores en el mercado móvil, pueden ser tanto lícitas como ilícitas, siendo que, en este último supuesto podrían atentar contra el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, en perjuicio de los competidores y los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

Habiendo evaluado la situación del mercado móvil peruano, en la siguiente sección, la STCCO analizará la estrategia comercial desarrollada por TELEFÓNICA a través de su marca “Tuenti”, así como las implicancias de dicha conducta para el mercado móvil, desde una perspectiva económica.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 96 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

11.3. La estrategia de “Tuenti” en el Perú

11.3.1. Tuenti Technologies S.L. como operador móvil global

La marca “Tuenti” originalmente pertenece a Tuenti Technologies S. Esta empresa de origen español nació como una red social en el año 2006, orientada inicialmente al segmento de jóvenes universitarios, y posteriormente brindó sus servicios a otros segmentos.

Tuenti como empresa y red social, ganó tanta notoriedad que en agosto del 2010, Telefónica de España se convirtió en su principal accionista, adquiriendo el 86% del capital social de la empresa por unos 75 millones de euros¹⁷⁴. Según señaló en ese momento Telefónica de España, esa transacción le permitía *“ganar una mayor exposición a la innovación que sucede en la Web y a los servicios que son demandados por los jóvenes, afianzando la posición de Telefónica en el mundo de Internet y en concreto en el ámbito de las redes sociales permitiéndole formar parte de un negocio en crecimiento que está transformando los modelos de relación y comunicación entre los usuarios de Internet.”*¹⁷⁵

En diciembre del 2010, Tuenti inició sus operaciones como operador móvil bajo la marca “Tu”¹⁷⁶. Como era evidente, el servicio móvil de Tuenti se prestaba a través de la red de Telefónica de España (que ya era accionista de Tuenti), e incluía el servicio de mensajería instantánea (chat) de la red social

Posteriormente, en noviembre de 2013, ya siendo Tuenti un OMV, la compañía es adquirida en su totalidad por Telefónica de España. En ese momento, según informó la referida empresa¹⁷⁷, Tuenti contaba con nueve millones de usuarios activos en su multiplataforma de comunicación social y 190,000 clientes en su operador móvil virtual “Tuenti Móvil”.

Posteriormente, Tuenti, una empresa 100% propiedad de Telefónica de España, ha continuado su camino como operador móvil, expandiéndose por América Latina y mostrando un importante crecimiento en España.


En el año 2014, Tuenti inició su expansión como operador móvil en América Latina. Así, el 16 de junio de 2014, a través de su blog

¹⁷⁴ Ver entrevista: Zaryn Dentzel: “El mercado de telefonía móvil en España es ineficiente y caro”: Disponible en: <http://www.expansion.com/2011/01/26/empresas/interiores/1295998221.html>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁷⁵ Ver nota de prensa: “Telefónica llega a un acuerdo con Tuenti para invertir en la Compañía”. Disponible en: <http://saladeprensa.telefonica.com/jsp/base.jsp?contenido=/jsp/notasdeprensa/notadetalle.jsp&pagina=1&selectNumReg=5&id=1&origen=resnotap&idm=es&pais=1&elem=15084&mesinicio=01&anioinicio=2010&mesfin=11&aniofin=2010&tlibr=e=tuenti>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁷⁶ Ver “Tuenti, el movimiento eres Tu”. Disponible en: <http://corporate.tuenti.com/es/blog/tuenti-el-movimiento-eres-tu>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁷⁷ Ver nota de prensa: “Telefónica completa la adquisición de Tuenti”. Disponible en: <http://saladeprensa.telefonica.com/jsp/base.jsp?contenido=/jsp/notasdeprensa/notadetalle.jsp&id=0&origen=portada&idm=es&pais=1&elem=20373>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 97 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

corporativo, Tuenti Technologies de España anunció el inicio de sus servicios a su primer mercado en Latinoamérica, México¹⁷⁸.

Posteriormente, el 5 de octubre de 2014, Tuenti manifestó su llegada a Perú, su segundo mercado en América Latina. Este anuncio se hizo nuevamente a través del blog corporativo y por el CEO de Tuenti Technologies¹⁷⁹.

El 18 de noviembre de 2014, el actual CEO de Tuenti indicó a través del blog corporativo de la compañía el inicio de sus operaciones en Argentina¹⁸⁰.

Cabe destacar que el lanzamiento de Tuenti en Argentina es distinto al que se ha dado en otros países, ya que en dicho país las operaciones de Tuenti absorbieron a Quam, una marca de servicios móviles que Telefónica había lanzado en Argentina en noviembre de 2013¹⁸¹.

Ecuador fue el cuarto y último mercado en el cual Tuenti ha iniciado sus operaciones¹⁸². Esto se produjo el 01 de junio de 2015. Dicho anuncio también se hizo a través del blog corporativo de Tuenti

De esta manera, Tuenti se ha ido expandiendo en América Latina, de acuerdo a sus planes de convertirse en un “operador móvil global”, tal como lo han señalado en sus diversos lanzamientos. Las operaciones de Tuenti se pueden resumir en el siguiente gráfico:

¹⁷⁹ Ver “Tuenti llega a Perú como operador móvil”. Disponible en: <http://corporate.tuenti.com/es/blog/Tuenti-llega-a-Peru-como-operador-movil>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁸⁰ Ver “Argentina, nuestra tercera operación en Latinoamérica”. Disponible en: <http://corporate.tuenti.com/es/blog/Argentina-nuestra-tercera-operacion-en-Latinoamerica>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁸¹ Ver “Telefónica lanza en la Argentina una marca de celulares para adolescentes”. Disponible en: http://www.cronista.com/Mobile/nota.html?URL=/contenidos/2013/11/18/noticia_0005.html. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁸² Ver “Ecuador, cuarta operación de Tuenti en Latinoamérica”. Disponible en: <http://corporate.tuenti.com/es/blog/Ecuador-cuarta-operacion-de-Tuenti-en-Latinoamerica>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

Gráfico N° 27: Operaciones de Tuenti alrededor del mundo




Elaboración: OSIPTel

11.3.2. “Tuenti” en el Perú

De todos estos lanzamientos, se observa que la llegada de Tuenti al Perú es parte de una estrategia de alcance global (o al menos para América Latina) de Tuenti Technologies, una empresa que es propiedad de Telefónica de España. En ese sentido, contrariamente a lo indicado por IDOM en su escrito de denuncia, no se podría concluir con certeza que el lanzamiento de “Tuenti” en el Perú sea una estrategia creada especialmente para adelantarse a la entrada o competir con los futuros OMV en el mercado móvil, pues aparentemente, el lanzamiento de dicha segunda marca responde a un proyecto para América Latina, anterior incluso, a la propia Ley N° 30083.

Asimismo, tampoco se ha observado que la llegada de una segunda marca de TELEFÓNICA a un país en el que ya opera bajo la marca “Movistar” sea una estrategia reciente. Por el contrario, ello queda evidenciado al observar lo que ocurrió en Argentina en noviembre de 2013 con el lanzamiento de Quam, la cual luego se convirtió en Tuenti.

Cabe indicar que, antes de lanzarse en el Perú, Tuenti apareció por primera vez fuera de España en México, en junio de 2014, y fue recién en octubre de 2014 que se lanzó en el Perú. Así, la estrategia de “Tuenti” en el Perú, al igual que en cada uno de los países de la región donde la marca está presente, responde a una identidad establecida desde los orígenes de Tuenti Technologies, y que se adapta a cada país, pero manteniendo la misma idea de negocio, la cual evidentemente está alineada con los intereses de Telefónica en la región.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 99 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

En virtud a estas consideraciones, esta STCCO considera que el lanzamiento de “Tuenti” en el Perú no corresponde a una estrategia especialmente diseñada para aprovechar determinados vacíos legales de la Ley N° 30083 y adelantarse a la llegada de los OMV que habían mostrado su interés en llegar a nuestro país, tal como afirmaría IDOM en su escrito de denuncia. Por tanto, corresponde desestimar la denuncia de IDOM en dicho extremo, pues de lo desarrollado por esta STCCO se puede advertir que el lanzamiento de “Tuenti” corresponde a una estrategia de expansión en América Latina, en la cual, TELEFÓNICA apunta a un segmento específico para responder a las presiones competitivas propias del mercado.

XII. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA


IDOM denunció a TELEFÓNICA, alegando que la referida empresa vulneraría las directrices de conducta acordes a la buena fe empresarial, contenidas en la Ley N° 30083, debido a que a través de su segunda marca “Tuenti”, estaría operando bajo los estándares de un OMV en el mercado de servicios públicos móviles, pese a la prohibición establecida en el referido cuerpo normativo, vaciando de contenido a la Ley N° 30083 y obteniendo una ventaja injustificada por ser el “*first player*” en dicho sector del mercado.

Teniendo en cuenta los términos del escrito presentado por IDOM, mediante Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL del 15 de enero de 2015, el CCO admitió a trámite la denuncia formulada contra TELEFÓNICA por una presunta infracción al artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, toda vez que a través de su marca “Tuenti” podría contravenir la exigencia de buena fe empresarial contenida en la Ley N° 30083 al participar en el mercado de servicios públicos móviles bajo la figura de una marca comercial nueva captando la preferencia de los consumidores y obteniendo con ello, una aparente ventaja competitiva ilícita¹⁸³ en perjuicio de sus futuros competidores, a través de la realización de mecanismos que distorsionarían u obstruirían el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.


Respecto a la imputación formulada, a lo largo del procedimiento, TELEFÓNICA presentó diversos argumentos que contradecían los cargos formulados en su contra por la presunta infracción a la cláusula general, entre ellos, destacan los siguientes:

- La conducta de TELEFÓNICA se encuentra en línea con lo que buscaba la regulación de los OMV, esto es, dinamizar el mercado y generar mayor competencia. Al haber innovado y mejorado las condiciones ofrecidas a sus consumidores, el accionar de la referida empresa se encuentra en la misma línea que los objetivos de la regulación establecidos en la Ley N° 30083.
- En caso el CCO declare fundada la denuncia presentada por IDOM, se estarían creando espacios reservados para que determinados agentes se beneficien.
- El lanzamiento de “Tuenti” responde a presiones competitivas propias del mercado de telecomunicaciones en los últimos años.

¹⁸³ La aparente ventaja competitiva ilícita, podría derivarse de una ventaja económica, por ejemplo, de un ahorro en los costos que los OMV sí deberían asumir para operar en el mercado y que TELEFÓNICA no estaría asumiendo.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 100 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

- Por consideraciones de marketing, TELEFÓNICA ha considerado pertinente agrupar los servicios que actualmente presta la empresa bajo la marca “Movistar”, bajo una nueva marca, dirigida a un público específico de consumidores, con el objetivo de diferenciarse. En tal sentido, no puede confundirse la innovación de una nueva marca, con una conducta no esperada que afecte la buena fe empresarial en un determinado mercado.
- TELEFÓNICA al contar con la concesión para la prestación los servicios de telefonía móvil bajo la marca “Movistar”, se encuentra habilitada para realizar la misma actividad bajo la marca “Tuenti”.
- La creación de una nueva plataforma, denominada “*Sinfonics*”, cumple con la finalidad de albergar el producto “Tuenti” en todos los países en los que la referida marca ha sido lanzada. La referida plataforma, es más moderna que la plataforma “Altamira” que sustenta las líneas prepago “Movistar”. Con ello, se ha logrado, una mayor flexibilidad en la operatividad del producto.
- El simple daño concurrencial no está prohibido, siendo solo reprimido aquél que es ilícito, situación que no se presenta en el presente caso, ya que, al contrario de lo alegado por IDOM, las segundas marcas sirven para promover la competencia.
- Es un mito considerar que la creación de segundas marcas es una respuesta a la emisión de la Ley Nº 30083, que regula a las OMV, pues el plan para lanzar “Tuenti” al mercado data desde el año 2009, cuando se solicitó el registro de la marca a INDECOPI.
- En Argentina y México, países que tienen una prohibición similar a la contenida en el artículo 4.2 de la Ley Nº 30083, esto es, que las OMR no tengan vinculación con una OMV que acceda a su red, no han habido cuestionamientos al lanzamiento de “Tuenti”.
- TELEFÓNICA hubiera podido lanzar las mismas ofertas que ahora son publicitadas bajo “Tuenti”, como planes de “Movistar”, en cuyo caso no hubiera existido un cuestionamiento por parte de IDOM. En tal sentido, todos aquellos planes dirigidos al segmento joven, que empresas como Entel y Bitel han lanzado al mercado, deberían ser incorporados al presente procedimiento, pues obtendrían una aparente ventaja competitiva derivada del ahorro de costos de no haberse constituido como un OMV.
- El solo hecho que la empresa ahorre costos, no puede ser considerado como un acto de competencia desleal, sino como parte de una estrategia comercial eficiente. No obstante ello, en la práctica, TELEFÓNICA no ahorra costo alguno, pues paga cada uno de los aportes, derechos y demás obligaciones que le exige la regulación sectorial para prestar el servicio de telefonía pública móvil.
- No existen líneas prepago que pertenezcan a “Tuenti”, todas son líneas de TELEFÓNICA.
- Finalmente, el Reglamento recientemente publicado, no prohíbe a una empresa operadora prestar sus servicios bajo una segunda marca. Caso contrario, nos

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 101 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

encontraríamos ante una afectación al derecho de propiedad, pues se estaría hablando de una expropiación de marca.

Ahora bien, en el presente caso, se cuestiona si TELEFÓNICA, al estar en mejores condiciones que sus competidores, producto de su ventaja inherente al ser un OMR establecido en el mercado móvil, que cuenta con infraestructura propia (que será indispensable para que un OMV opere), que conoce el mercado móvil y que se encuentra autorizado a brindar todos los servicios relacionados al referido mercado; estaría utilizando dicha ventaja inherente a través de su marca “Tuenti”, para obtener un beneficio ilícito¹⁸⁴ producto de la vulneración de las directrices de buena fe empresarial que contiene la Ley N° 30083, norma que señala que todos los agentes en el referido mercado deben participar en igualdad de condiciones.


Como parte del análisis que realizará esta STCCO, resulta pertinente evaluar en primer lugar, si TELEFÓNICA posee una ventaja inherente, derivada de su posicionamiento en el mercado.

Al respecto, corresponde recordar que TELEFÓNICA es un operador establecido en el mercado móvil que, conforme ha sido explicado en el presente informe, previo al lanzamiento de la marca “Tuenti”, y de la entrada de Bitel y el lanzamiento de Entel, venía obteniendo un mayor crecimiento en dicho mercado a diferencia de sus competidores. Además, bajo los términos expuestos en la Ley N° 30083, TELEFÓNICA califica como un OMR, al ser un concesionario que tiene título habilitante para prestar servicios móviles, que cuenta con red propia y asignación de espectro radioeléctrico, motivo por el cual, tiene poder de mercado suficiente para por ejemplo, negociar con las OMV el acceso a su red, así como para dilatar la entrada de dichos operadores al mercado, al negarse a negociar con ellos y suscitar que la autoridad competente emita un mandato de acceso e interconexión, generando mayores costos de transacción a una empresa que no se encuentra posicionada en el mercado.

Por tanto, se puede advertir que dada las características particulares de este operador, se encuentra en una mejor posición competitiva, que le permite desplegar todo tipo de conductas a fin de proteger su poder de mercado, ante el riesgo de entrada potencial o efectiva de los competidores en el mercado móvil, pudiendo ser dichas conductas lícitas o ilícitas bajo los parámetros de las normas de represión de competencia desleal o incluso del marco normativo de represión de conductas anticompetitivas.

Aunado a ello, la denunciada cuenta con varios años de operación y experiencia en el mercado móvil prepago, por lo cual posee pleno conocimiento de sus características (mercado altamente concentrado), las cuotas de participación de sus competidores, el impacto y/o acogida de sus productos en dicho mercado, así como las preferencias de los usuarios, motivo por el cual, puede diseñar ofertas dirigidas a atender sus preferencias. Asimismo, al ser una empresa altamente especializada en el sector, conoce las obligaciones a las que se encuentra sometida, por lo que cuenta con un amplio manejo de los aspectos técnicos, legales y comerciales del mercado peruano del servicio de telecomunicaciones.

¹⁸⁴ La aparente ventaja competitiva ilícita, podría derivarse de una ventaja económica, por ejemplo, de un ahorro en los costos que los OMV si deberían asumir para operar en el mercado y que TELEFÓNICA no estaría asumiendo.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 102 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

En función a lo previamente expuesto, se advierte que TELEFÓNICA, incluso con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 30083, cuenta con una ventaja inherente derivada de su posicionamiento en el mercado, por lo que corresponde analizar si a través de “Tuenti” ha utilizado dicha ventaja para perjudicar a los demás actores en aquél, posicionándose como el primer jugador en el segmento de los OMV.

Con relación a ello, la STCCO estima pertinente determinar si la oferta de servicios móviles a través de una segunda marca en el mercado de telecomunicaciones, rompe la igualdad de condiciones en las que deben participar los agentes en el referido mercado, según lo dispuesto en la Ley N° 30083, en detrimento al proceso competitivo, utilizando para tal efecto, indebidamente la ventaja inherente que posee. Para tal efecto, se evaluará si la oferta de servicios a través de una segunda marca, genera algún tipo de perjuicio a sus competidores que no se encuentra basado en eficiencias.

Sobre el particular, considerando que la regulación es por sí misma un límite a la libertad de empresa, corresponde analizar si la creación de segundas marcas en el mercado de telefonía móvil, como manifestación de la libertad de organización propia de toda empresa, se encuentra limitada por alguna disposición regulatoria, que de manera ex ante establezca alguna restricción a su ejercicio.


Como se señaló con anterioridad, la regulación surge como una respuesta del Estado a una falla del mercado, siendo que a través de ella establece determinadas reglas para simular condiciones de competencia. En tal sentido, todo aquél mercado regulado debe regirse bajo el principio de legalidad, a través del cual la autoridad expresará aquellas conductas que podrán ser realizadas por el agente y, aquellas que se encuentran prohibidas.

La Ley N° 30083 establece en su artículo 1º, que su objeto radica en promover, fortalecer y dinamizar la competencia en el mercado de servicios públicos móviles, mediante la inserción en dicho mercado de los OMV. Para tal efecto, conmina a los OMR a permitir que estos nuevos agentes accedan a sus redes y establece una serie de condiciones que coadyuvan al objetivo propuesto.

Así, entre otros, obliga a los OMV a contar con concesión y registrarse para poder prestar el servicio móvil. Además, conmina a los OMR a no tener vinculación con un OMV que acceda a su red y a suscribir acuerdos basados en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, libre y leal competencia y aquellos establecidos en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

Es decir, la norma antes señalada determina las reglas y directrices para que tanto los (OMR) establecidos como los futuros (OMV) participantes del mercado de servicios públicos móviles, compitan en igualdad de condiciones estableciendo lineamientos de conducta que deben ser entendidos como demostrativos de la buena fe empresarial que debe regir en el referido mercado.

Como se puede apreciar de lo antes señalado, la norma en cuestión indica de manera expresa y clara las prohibiciones y obligaciones que deben tener un OMR y un OMV. Por tanto, por mandato de regulación, la Ley N° 30083, obliga a los OMR a brindar el acceso a un OMR, bajo ciertos parámetros, sin que ello lleve a prohibir a que puedan competir en el mismo sector del mercado, menos aún a través de una segunda marca.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 103 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

En tal sentido, al ser la regulación una limitación al derecho a la libertad de empresa de los operadores, ésta debe ser expresa en señalar cuál es el ámbito de actuación de los actores en el mercado, esto es, debe cumplir con dictar las reglas de conducta que considere indispensables para que los agentes en determinado mercado interactúen simulando condiciones de competencia. No obstante, en el presente caso, se advierte que tanto la regulación sectorial como la Ley N° 30083 no han expresado que la creación de segundas marcas en el mercado móvil, se encuentre proscrita por el ordenamiento, por lo que en aplicación del principio de legalidad, la referida empresa no se encontraría incumpliendo disposición regulatoria alguna.


Adicionalmente, desde una perspectiva económica, la sola creación de la segunda marca “Tuenti” no constituiría una conducta ilícita especialmente diseñada por TELEFÓNICA para aprovechar un supuesto vacío en la regulación y adelantarse a la llegada de los OMV, puesto que la creación de segundas marcas como estrategia de los OMR, constituye una práctica común a nivel internacional, tal como ha sido señalado a lo largo del presente informe. Adicionalmente, según lo evaluado en el presente caso, el lanzamiento de “Tuenti” respondería a un plan de expansión en América Latina que apunta a diseñar una estrategia de segmentación de mercados para responder a las nuevas presiones competitivas, que exigen atenciones más personalizadas a los usuarios.

Conforme a ello, al no encontrarse en las directrices que marcan el comportamiento de los operadores móviles, según lo dispuesto en la regulación sectorial y en la Ley N° 30083, prohibición alguna que limite la libertad de los OMR de crear segundas marcas, la creación de “Tuenti” es lícita. Adicionalmente, podría concluirse que la creación de segundas marcas en el mercado móvil, constituye una conducta esperada en dicho mercado pues, estudios económicos revelan que la creación de éstas constituye una respuesta esperada de las OMR para atraer nuevos consumidores en segmentos de precios bajos sin afectar la posición de su marca principal o evitando exponerla a una excesiva competencia en precios, siendo que dicha estrategia se observa en mercados maduros y saturados.

Teniendo en cuenta que la creación de la segunda marca constituye una conducta lícita, corresponde analizar si a través de la creación de “Tuenti”, TELEFÓNICA ha vulnerado las directrices de buena fe empresarial contenidas en la Ley N° 30083.

Como se señaló mediante el Informe N° 001-STCCO/2015 del 8 de enero de 2015, la Ley N° 30083 y en ese entonces el proyecto del Reglamento, establecieron un marco regulatorio que permite e incentiva el ingreso de nuevos competidores al mercado de servicios públicos móviles. Así, el marco normativo en cuestión, parte de la premisa que los OMV no se encuentran en iguales condiciones que un OMR (por ejemplo, no cuentan con espacio radioeléctrico), motivo por el cual, establece una serie de directrices que generan un escenario competitivo para que los OMV puedan participar en el mercado sin encontrarse en algún tipo de desventaja comparativa, más allá de las que inherentemente poseen respecto de los OMR establecidos.

Es así que la Ley N° 30083 y su Reglamento, definen las directrices o reglas de conducta orientadas a la buena fe empresarial, que rigen la actuación tanto de OMV y OMR en el mercado de servicios públicos móvil, diseñando una serie de principios jurídicos que regulan su actuación en el mercado móvil: igualdad de acceso,

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 104 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

neutralidad, no discriminación, libre y leal competencia, atención y defensa del consumidor, entre otros.


Con relación a este punto, resulta necesario señalar que para las instancias de solución de controversias, la actuación acorde a la buena fe empresarial que debe regir la conducta de los participantes en el mercado de las telecomunicaciones, debe ser comparada con el comportamiento honesto, usual y proporcionado que debería tener un competidor en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, considerado como la “conducta esperada”. Es decir, la evaluación de buena fe empresarial que se realizará en los siguientes párrafos involucrará el análisis de una “conducta esperada” según las características y usos propios de la industria de telecomunicaciones, esto es, considerando las características especiales del mercado móvil, tales como: i) su alta concentración, ii) el hecho que TELEFÓNICA sea el operador con mayor cuota de mercado en el segmento prepago, iii) que la Ley N° 30083 busca incorporar nuevos actores y dinamizar el mercado móvil; y, iv) que una de las estrategia de los OMR para contrarrestar la competencia que podrían generar los OMV es la creación de segundas marcas para segmentar mercados, tal como se advierte de la experiencia internacional.

Tal como fue señalado en el numeral XI del presente Informe, el surgimiento de los OMV alrededor del mundo se dio como consecuencia de la dinámica natural del mercado, que requería nuevos productos para ser ofrecidos a los consumidores. Así, nacen las OMV, dirigiendo planes específicos a un público determinado, siendo que en varios países se ha regulado su ingreso y participación y, en otros tantos, se les vigila de cerca a efectos de evaluar su conducta.

La respuesta de las OMR, tal como ha sido analizado con anterioridad, ha consistido principalmente en: i) crear un OMV que compita en dicho segmento del mercado, ya sea operando en su propia red o en la de un competidor, en función a los límites que le imponga la regulación; ii) crear una segunda marca con tal propósito; iii) ofrecer planes competitivos al mismo segmento de mercado en el que busca competir un OMV; o, iv) adquirir un OMV ya establecido.

Como se puede apreciar, la Ley N° 30083 y su Reglamento tendrían por objetivo dinamizar el mercado móvil mediante la creación de un marco regulatorio que permitiese el ingreso de los OMV a dicho mercado; en tal sentido, la creación de segundas marcas como estrategia de segmentación de mercados para responder a las nuevas presiones competitivas, constituye una respuesta natural de los operadores móviles en el mercado, la cual puede ser observada también en la experiencia internacional y que incluso en el presente caso, es anterior a la propia creación de la regulación de OMV en nuestro país.

Al respecto, cabe indicar que aun cuando al momento en que “Tuenti” fue lanzada al mercado (octubre de 2014), la regulación de OMV no se encontraba completa y no permitía el ingreso de dichos operadores al mercado (el Reglamento no fue emitido hasta el 4 de agosto de 2015), el lanzamiento de dicha marca fue una respuesta natural a las presiones competitivas propias de la industria, pues ha quedado demostrado en la experiencia internacional que las segundas marcas en el mercado móvil, constituyen una reacción común para disputar el mercado a los OMV en aquellos segmentos que son explotados por éstos últimos, motivo por el cual la referida empresa diseñó una estrategia de alcance regional para responder a estos nuevos escenarios.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 105 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Sobre el particular, TELEFÓNICA señala que la estrategia de creación de segundas marcas es una estrategia comercial ampliamente utilizada para segmentar mercados y captar la preferencia del consumidor a través de la diversificación de la oferta, y no necesariamente un mecanismo utilizado por las empresas establecidas exclusivamente para competir contra las OMV.

Al respecto, esta STCCO considera que si bien en términos generales la creación de una segunda marca puede ser una herramienta de marketing que permite segmentar mercados o diferenciar productos, en el caso de los servicios móviles es evidente que la creación de una segunda marca corresponde a una estrategia para competir con las OMV, enfocándose precisamente en aquellos segmentos en los que estos últimos ingresan con éxito (esto se evidencia en el Gráfico Nº 28).


En relación a lo expuesto, tal como fue manifestado previamente en el presente informe, el argumento por el cual IDOM sostiene que TELEFÓNICA actúa en el mercado como “*first player*” en aquel segmento en el cual competirán los futuros OMV generando una barrera a su entrada, no resulta atendible. Ciertamente, la denunciada pudo competir en el referido segmento sin la necesidad de crear una nueva marca, tan solo generando nuevos planes, tal como lo ha hecho Bitel o Entel; y, además es necesario tener en consideración que un aspecto que retrasó el ingreso de los OMV al mercado móvil, fue el hecho que éstos no contasen con el marco jurídico que les habilitase a operar en el mercado.

En tal sentido, la conducta de TELEFÓNICA, al lanzar “Tuenti” al mercado, es una “conducta esperada” ante la presión competitiva que genera el ingreso de nuevos competidores a un mercado altamente concentrado y, responde al incentivo de la misma regulación del sector (Ley Nº 30083 y Reglamento), cuyo objetivo es promover el ingreso de más agentes en el mercado a efectos de generar mayor competencia.

Sin perjuicio de lo antes señalado, se debe tener en consideración que el análisis de licitud que ha sido realizado en el presente procedimiento, responde a una evaluación del caso en concreto, sin que ello obste de que sea posible observar barreras de entradas ilícitas al mercado bajo diferentes circunstancias. Un ejemplo de ello puede advertirse de la teoría de “proliferación de marcas” (“*brand proliferation*”), estrategia que consiste en la acción de un incumbente que decide aumentar su gama de productos con la intención de mantener a los competidores fuera del mercado de una determinada gama de productos. Así, en la medida que el incumbente no puede retirar una marca o producto a un costo suficientemente bajo de un segmento en el que se enfrenta a un competidor directo, la proliferación de marca será una estrategia creíble para disuadir la entrada¹⁸⁵.

De otro lado, esta STCCO considera pertinente desestimar el argumento por el cual TELEFÓNICA ha señalado que en nuestro Informe de Actuaciones Previas, únicamente se utilizó como sustento para calificar a las segundas marcas como OMV “*estudios económicos de marketing elaborados por especialistas en marketing y/o negocios*”. Al respecto, resulta pertinente indicar que esta STCCO, no ha calificado a las segundas marcas como un OMV, por el contrario, la comparación entre ambas figuras se realizó desde una perspectiva económica y analizando los efectos de la

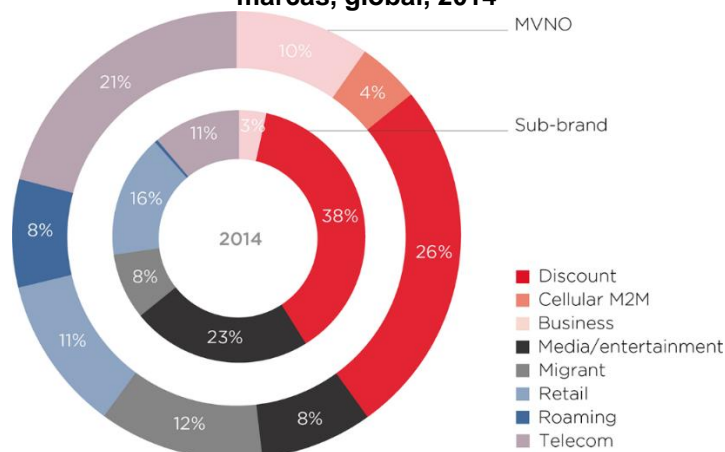
¹⁸⁵ Belleflamme, Paul y Peitz, Martin (2010). “Industrial Organization: Markets and Strategies”. Cambridge University Press.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 106 de 126

competencia entre ambas en el mercado móvil, a la luz de la experiencia comparada. Además, al margen de la calificación que la denunciada le quiera dar a los informes usados por esta STCCO, lo cierto es que dichos informes fueron realizados por actores especializados, e involucrados en la prestación de servicios móviles, y en particular, respecto a la operación de OMV.

En la misma línea, debe tenerse en cuenta que incluso la GSMA, asociación que representa los intereses de los operadores móviles en el mundo¹⁸⁶, y a la que pertenece TELEFÓNICA¹⁸⁷, evalúa a las segundas marcas (*sub-brands*) como parte del mercado, o del sector, de empresas que actúan como OMV. Así por ejemplo, en su estudio *“The global MVNO footprint: a changing environment”*¹⁸⁸, la GSMA analiza la segmentación de mercado por categoría de los OMV y las segundas marcas. En dicho análisis se observa el siguiente gráfico, el cual muestra que en efecto la segmentación de mercado que tienen los OMV es muy similar al de las segundas marcas, lo cual evidencia que éstas son una respuesta de los OMR a la incursión de los OMV en segmentos específicos.

Gráfico N° 28: Segmentación de mercado por categoría, OMVs y segundas marcas, global, 2014



Fuente: The global MVNO footprint: a changing environment. GSMA Intelligence


Asimismo, la GSMA señala que en el año 2014 existían doscientos sesenta (260) segundas marcas en cincuenta y seis (56) países y que éstas diferían de los OMV en que las primeras son operadas por algún OMR, al margen de que sean promocionadas independientemente del OMR propietario. Incluso la GSMA señala que algunos OMV operan como segundas marcas de los OMR.

La GSMA en su informe detalla que las segundas marcas tienden a enfocarse en tarifas prepago, tal como lo hacen los OMV, y que son usadas por los OMR para atraer nuevos consumidores en segmentos de precios bajos sin afectar la posición de su marca principal o evitando exponerla a una excesiva competencia en precios. De otro lado, la GSMA señala que la estrategia de crear segundas marcas, así como

¹⁸⁶ Ver: <http://www.gsma.com/aboutus/>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

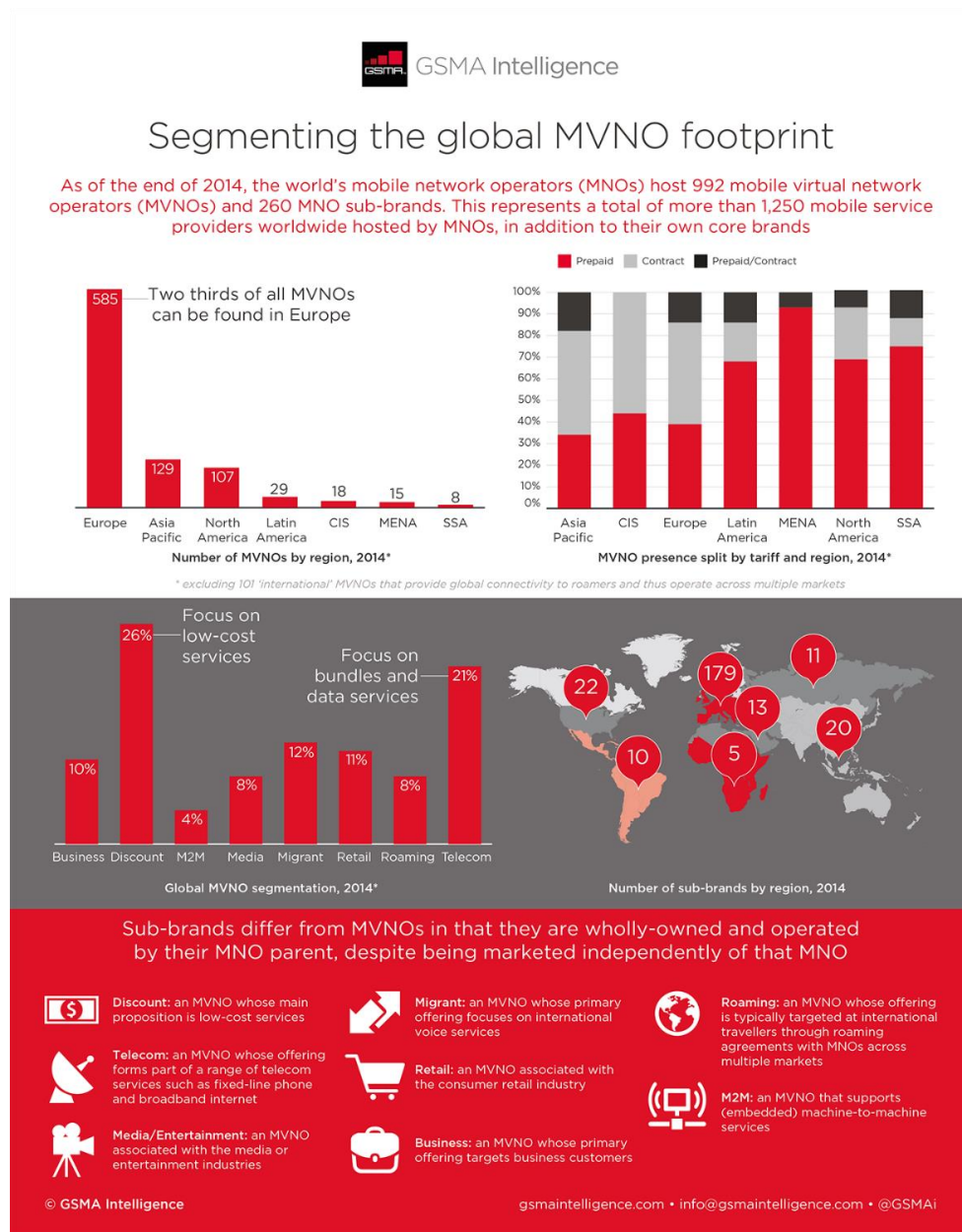
¹⁸⁷ Ver: <http://www.gsma.com/membership/who-are-our-gsma-members/full-membership/>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁸⁸ Disponible en: <https://gsmaintelligence.com/research/2015/02/the-global-mvno-footprint-a-changing-environment/490/>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 107 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	


la aparición de los OMV, se da en mercados maduros y saturados, como Europa, Norte América y Asia Pacífico.

Finalmente, en otro análisis sobre OMV, publicado a través de una infografía¹⁸⁹, la GSMA nuevamente incorpora a las segundas marcas como parte de la evaluación realizada. En esta ocasión, la GSMA señala que al final del 2014, los OMR en el mundo albergan a novecientos noventa y dos (992) OMV y doscientas sesenta (260) segundas marcas, agregando que esto representa un total de más de mil doscientos cincuenta (1,250) proveedores de servicios móviles en el mundo alojados por OMR, además de sus propias marcas principales.



Fuente: Infographic: Segmenting the global MVNO footprint

¹⁸⁹ Disponible en: <https://gsmaintelligence.com/research/2015/03/infographic-segmenting-the-global-mvno-footprint/482/>.
Última visita: 25 de agosto de 2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 108 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

En ese sentido, la STCCO no ha empleado estudios de marketing que no serían aplicables a la luz de un análisis de competencia, tal como señala TELEFÓNICA, sino que también la experiencia internacional aquí analizada, y la GSMA (una asociación de operadores móviles a la que pertenece TELEFÓNICA), coinciden en que las segundas marcas de los OMR son competidores directos de los OMV, y que operan de forma muy similar a estos últimos, diferenciándose básicamente por la relación de propiedad respecto a las OMR.

Adicionalmente, TELEFÓNICA argumenta que el CCO no ha basado su análisis de competencia sobre la base de jurisprudencia extranjera, razón por la cual, la imputación no se encontraría debidamente motivada. En relación a dicho argumento, la STCCO estima pertinente precisarle a la empresa operadora que no resulta necesario que el análisis del CCO se base en un pronunciamiento extranjero, dada las circunstancias particulares evaluadas en el presente caso, no se ha podido presentar un procedimiento que guarde las mismas características del evaluado en esta controversia. Aunado a ello, no resulta exigible que al momento de sancionar a una empresa por una conducta ilícita en el mercado, ésta deba haber sido previamente sancionada por la autoridad de competencia de otro país, pues cada legislación y los criterios de la agencia de competencia, varían en diferentes países.

De otro lado, debe indicarse que no es correcto lo señalado por TELEFÓNICA, respecto a que las OMV que han mostrado su interés por ingresar al mercado peruano no se enfocan en el mismo segmento que “Tuenti”: el segmento joven.


Por ejemplo, la llegada de Virgin Mobile (operador que ha mostrado interés en ingresar al mercado peruano) a otros países de la región se ha centrado precisamente en el segmento joven, lo cual ha sido señalado por diversos medios en los países donde opera la marca. Así, el medio especializado en noticias sobre OMV, MVNO Dynamics¹⁹⁰, señaló que *“Virgin Mobile, a pesar de competir con otros operadores en el extranjero, destaca al ofrecer los planes tarifarios más bajos, y engancha al público juvenil al auspiciar eventos musicales.”*, agregando que se espera que *“en el Perú, la empresa trabaje con la misma modalidad.”* Asimismo, cuando Virgin Mobile inició sus operaciones en México, el medio Milenio.com¹⁹¹ señaló que dicha empresa había llegado al referido país *“con la atención puesta en los jóvenes de entre 18 y 35 años de edad. Y al igual que Telefónica puso a disposición de sus usuarios la venta de un chip para hacer las recargas del plan tarifario que contraten”*. Asimismo, indicó que *“(a)mbas empresas tienen en común que este chip corresponde a planes tarifarios dirigidos a jóvenes”*, ello en alusión a que Telefónica estaba alistando el lanzamiento de su marca Tuenti en México.

Luego, cuando Virgin Mobile anunciaba su llegada a Colombia, ya estando presente en Chile, el medio Enter.co¹⁹² señaló que era probable que *“Virgin continúe con la estrategia que implementó en su llegada a Chile, donde está concentrada en ofrecer*

¹⁹⁰ Ver “Virgin Mobile alista su ingreso a Perú”. Disponible en: <http://www.mvndynamics.com/2015/02/17/virgin-mobile-alista-su-ingreso-peru/>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁹¹ Ver “El periodismo necesita inversión. Comparte este artículo utilizando los íconos que aparecen en la página. La reproducción de este contenido sin autorización previa está prohibida”. En : http://www.milenio.com/negocios/Virgin_Mobile-Telefonica-Telcel-plan_tarifariopara_jovenes_0_322767963.html. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁹² Ver “VIRGIN MOBILE ESTARÁ EN COLOMBIA ANTES DE FIN DE AÑO”. En : <http://www.enter.co/cultura-digital/negocios/virgin-mobile-estara-en-colombia-antes-de-fin-de-ano/>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 109 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

servicios de datos y planes de control y prepago para el segmento joven.” Inclusive, dicho medio cita las declaraciones de Peter Macnee, en ese entonces presidente de Virgin Mobile Latin America, quien señaló que “la marca Virgin ha tenido éxito con el segmento joven”.

En el caso de Chile, en una entrevista a La Tercera¹⁹³, el gerente general de Virgin Mobile, Juan Antonio Etcheverry, señaló que dicha empresa “colocó el foco en el segmento prepago, que está mal atendido y pagan caro”, adicionalmente, en la misma entrevista en la que también participó Emiliano Homps, gerente de marketing de Virgin Mobile, se dice que “se fijaron en los clientes jóvenes, entre 15 y 35 años”, señalando que este es “el nicho más conectado, con principios y valores propios”. Cabe destacar que en Chile a solo tres meses del inicio de sus operaciones, el 65% de usuarios de Virgin Mobile tenía entre 19 y 25 años¹⁹⁴.

De otro lado, TELEFÓNICA señala que en Chile la tarifa más baja de Virgin Mobile es de aproximadamente US\$ 11, mientras que la tarifa básica de “Tuenti” en el Perú está alrededor de los US\$ 2; en ese sentido, el público objetivo de Virgin tendría una mayor capacidad adquisitiva que el público objetivo de “Tuenti”. Al respecto debe indicarse que dicha conclusión no puede considerarse como cierta en tanto no se está tomando en cuenta las diferencias entre los ingresos de las personas en ambos países¹⁹⁵, y otros factores propios del mercado móvil en cada país, como el nivel de penetración del servicio las ofertas de los competidores y el nivel de tarifas en cada mercado. Si lo señalado por TELEFÓNICA fuera correcto, entonces podríamos afirmar que, dado que la tarifa base de Tuenti en España es de casi US\$ 8 (7 euros), entonces el público objetivo de Tuenti en España es distinto al público objetivo de “Tuenti” en el Perú, lo cual sería un error.

De esta manera, no resultan atendibles los argumentos presentados por TELEFÓNICA, pues es evidente que “Tuenti” ha incursionado en un segmento de mercado que, no solo es uno en el que típicamente incursiona Virgin Mobile en cada país donde opera, sino que es uno de los segmentos en los que más han incursionado los operadores móviles a nivel mundial (ver Gráfico N° 3).

De otro lado, esta STCCO ha señalado en el presente análisis que, la aparente ventaja competitiva ilícita obtenida por TELEFÓNICA podría derivarse de una ventaja económica, por ejemplo, de un ahorro en los costos que los OMV si deberían asumir para operar en el mercado y que la imputada no estaría asumiendo.


En relación a los costos, estudios especializados señalan que, “mientras que un OMV paga el costo de tiempo aire por minuto al operador que le brinda el acceso a su red, un operador con red recibe todos los ingresos de la base de consumidores”¹⁹⁶.

¹⁹³ Ver “El plan con el que Virgin Mobile logró cifras azules en dos años”. En: <http://diario.latercera.com/2014/06/01/01/contenido/negocios/27-165794-9-el-plan-con-el-que-virgin-mobile-logro-cifras-azules-en-dos-anos.shtml>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁹⁴ Ver “Virgin Mobile captó más del 65% de usuarios joven”. En: <http://www.tynmagazine.com/virgin-mobile-capto-mas-del-65-de-usuarios-joven/>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁹⁵ Por ejemplo, si se analiza el PBI Per Cápita en cada país, se observa que en el caso de Chile, este indicador toma un valor que es igual a 2.2 veces el observado para el Perú. Ver: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD/countries?display=map>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁹⁶ Ver presentación “Creating Flexible Platforms for Sub-brand Models for MVNOs and MNOs”, lámina 10. De Ceri Jones, Analysys Mason. Disponible en: http://www.mobilepath.ca/pdf/creating_flexible_platforms.pdf. Última visita: 25 de agosto de 2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 110 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Así, la regulación suele establecer en la *determinación* de cargos, modelos de costos que incluyen todos los costos económicos de la provisión del servicio mayorista, incluido el costo de oportunidad del capital, que representa el margen de ganancia del proveedor.

Sin embargo, esta situación no se presenta necesariamente cuando la *empresa* emplea para sí misma su insumo (en el caso de TELEFÓNICA, su propia red), ya que la ganancia que va a obtener podría depender directamente del mercado final. Al respecto, es importante tener en cuenta que en todo proceso regulatorio o de negociación de un cargo de acceso, existe una importante asimetría de información, ya que solo la empresa propietaria de la facilidad esencial (en el presente caso, su propia red) conoce sus propios costos.

Así, resulta probable que en el caso del acceso a un OMV a la red de un OMR, el cargo que pague el OMV sea mayor al costo que involucra el uso de su la red para el propio OMR, pues se trata de un insumo propio para el OMR.

En tal sentido, esta asimetría de la información siempre estará presente, sin importar los esfuerzos que realice el regulador para fijar cargos correctamente orientados a costos.

Por tanto, si bien esta STCCO no cuenta con todos los elementos necesarios para realizar un análisis exhaustivo respecto a la regulación de los cargos de acceso e interconexión, aprecia que TELEFÓNICA, a través de su marca “Tuenti”, podría generarse un ahorro en costos mayor al que podría tener un OMV, pues este último se encuentra obligado a asumir contraprestaciones por el acceso e interconexión que involucran ciertos costos para poder participar en el mercado móvil.


En tal sentido, TELEFÓNICA a través de su segunda marca “Tuenti”, al ser un OMR establecido en el mercado móvil, estaría ahorrando determinados costos de acceso e interconexión producto de su ventaja competitiva inherente respecto de los futuros OMV, así como de la asimetría de información que siempre estará presente al momento en que el regulador fije los cargos orientados a costos.

Lo antes señalado, no implica una conducta ilícita, toda vez que los ahorros antes manifestados, se derivan de su propia condición de OMR establecido y de la asimetría de información en el diseño de los cargos de acceso e interconexión. Asimismo, se debe tener en cuenta que en función a la referida condición, asume determinados costos como aquellos vinculados a su concesión, entre los que se encuentran canon, FITELE, e incluso al obligársele a arrendar su red a terceros, debe incurrir en costos adicionales de mantenimiento y reparación.

Sobre el Principio de Primacía de la Realidad alegado por IDOM

Finalmente, corresponde recordar que IDOM en su denuncia, solicitó que en aplicación del principio de Primacía de la Realidad, se considere que de acuerdo a los términos establecidos en la Ley Nº 30083, los OMR no pueden incursionar en el mercado bajo el modelo de un OMV.

Al respecto, corresponde señalar que la Ley Nº 30083 no establece en ninguno de sus artículos prohibición alguna vinculada a que los OMR no puedan competir bajo

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 111 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

la modalidad de un OMV. La prohibición establecida en el artículo 4.2 del referido cuerpo normativo, se circunscribe a que un OMR no puede tener vinculación legal o económica con un OMV que acceda a su red, por lo que podría crear un OMV y alquilar red de un OMR competidor.

Ahora bien, en la medida que el CCO evaluó los hechos denunciados y encausó de oficio la denuncia presentada por IDOM en los términos analizados en el presente procedimiento; el argumento referido a la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad al presente caso, no constituye un elemento determinante que se encuentre relacionado a la acreditación de la imputación formulada en contra de TELEFÓNICA.

No obstante lo antes señalado, esta STCCO considera pertinente pronunciarse respecto al argumento de IDOM por el cual señala que “Tuenti” es en realidad una OMV.

Al respecto, el Principio de Primacía de la Realidad, se encuentra recogido en el artículo 5º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁹⁷, el cual ordena a la autoridad administrativa a determinar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. Respecto a este principio, la exposición de motivos de la norma en cuestión señala lo siguiente:

“(…) la autoridad de represión de la competencia desleal deberá atender a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. En efecto, al analizar los distintos mercados y los actos presuntamente desleales, la autoridad debe indagar acerca de la verdadera naturaleza de las cosas, independientemente de lo que puedan indicar los documentos, contratos o incluso disposiciones normativas.”
(Subrayado agregado).

Como se puede apreciar, el Principio de Primacía de la Realidad conmina a la autoridad a determinar la verdadera naturaleza de los hechos, yendo más allá de la información que las partes presenten, en concordancia con el Principio de Verdad Material, consagrado en el artículo IV numeral 1.11 de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁹⁸.

¹⁹⁷ **Ley de Represión de La Competencia Desleal**

“Artículo 5.- Primacía de la realidad.-

La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.”


¹⁹⁸ **LPAG**

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.”

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 112 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

De los medios probatorios que obran en el expediente, se observa en primer lugar que de acuerdo al Organigrama de TELEFÓNICA presentado en su escrito del 4 de mayo de 2015, “Tuenti” es parte de la división de Segmento Masivo de la empresa, así como otras áreas encargadas de gestión de captación y fiscalización. Asimismo, la denunciada ha señalado a lo largo del procedimiento que las líneas de “Tuenti” se encuentran registradas a su favor y son de su propiedad, lo que ha podido ser verificado por la STCCO en el Sistema de Información y Registro de Tarifas del OSIPTEL - SIRT. Además, se advierte que la creación de su segunda marca obedece a una estrategia global de Tuenti Technologies desde España, hecho que se encuentra alineado con los intereses del grupo al que pertenece la denunciada y por tanto redunda en su beneficio.


De otro lado, se aprecia que, de acuerdo a la información brindada por INDECOPI mediante Oficio Nº 194-2014/DSD-Reg-INDECOPI del 22 de diciembre de 2014, la marca “Tuenti” como tal, está registrada a favor Tuenti Technologies. Asimismo, se observa que según lo dicho por la propia TELEFÓNICA, “Tuenti” se encuentra operando bajo una plataforma distinta a la de “Movistar”, con la finalidad de que el plan de expansión de esta primera marca, sea uniforme a nivel regional, y permitir una mayor flexibilización del producto en cuestión.

Por tanto, de los medios probatorios que obran en el expediente, se observa por un lado que el tratamiento que le ha dado TELEFÓNICA a “Tuenti” es el de una marca más dentro de la gama de servicios que brinda a los consumidores, pese a que dicha estrategia responde a un proyecto de alcance regional que se encuentra alineado a los intereses de Telefónica de España y redunda, al pertenecer al mismo grupo económico, en su beneficio. Adicionalmente, el hecho de separar en plataformas distintas a las dos marcas que confluyen brindando servicios de telefonía móvil, responde a un criterio de orden y desarrollo de nuevas tecnologías.

En tal sentido, TELEFÓNICA califica bajo los términos de la Ley Nº 30089 como un OMR, al ser un concesionario que cuenta con título habilitante para prestar servicios móviles, que cuenta con red propia y asignación de espectro radioeléctrico. Además, “Tuenti” no se estaría comportando como una entidad distinta de TELEFÓNICA, que sea autónoma y tome decisiones de forma independiente a lo señalado por la alta dirección referida empresa, siendo que ni siquiera el hecho de que la marca esté inscrita a favor de una empresa distinta (por acuerdo comercial ha podido ser cedida), genera indicios de que “Tuenti” cuenta en la práctica con una personalidad jurídica diferenciada de TELEFÓNICA.

Atendiendo a lo antes expuesto, corresponde desestimar los argumentos esgrimidos por IDOM relacionados a que en el presente caso TELEFÓNICA se comporta en el mercado como un OMV, toda vez que los hechos no demuestran que “Tuenti” sea un ente autónomo distinto a TELEFÓNICA que se comporte en el mercado de servicios móviles como un OMV.

En efecto, de todo lo expuesto en el presente apartado, se advierte que TELEFÓNICA constituyó “Tuenti” como parte de su libertad empresarial, sin que la regulación establecida en la Ley Nº 30083 y su Reglamento, le prohíba hacerlo, razón por lo cual no ha vulnerado directriz alguna, toda vez que la creación de la referida marca ha sido una conducta esperada en el mercado móvil ante la entrada de los OMV.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 113 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Adicionalmente, TELEFÓNICA no ha obtenido una ventaja ilícita del uso de la marca “Tuenti”, pues hasta el momento, competiría en igualdad de condiciones con los demás participantes del mercado¹⁹⁹.

Por tanto, la conducta de TELEFÓNICA analizada en el presente caso, constituye una conducta esperada en el mercado móvil, de acuerdo a la dinámica del mercado, no habiendo vulnerado directriz alguna de buena fe empresarial que se encuentre contenida en la Ley N° 30083 ni en su Reglamento.

Sin perjuicio de lo expuesto, al margen que la conducta no resulta sancionable bajo los parámetros de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corresponde analizar las implicancias del lanzamiento de la segunda marca “Tuenti” en el mercado móvil peruano, a efectos que el CCO, en atención a sus facultades, pueda recomendar medidas a tomarse para evitar impactos negativos sobre la sana competencia en el mercado de servicios móviles, y sobre el bienestar de los usuarios de estos servicios.


XIII. POSIBLES IMPLICANCIAS DEL INGRESO DE “TUENTI” AL MERCADO MÓVIL PERUANO

Conforme a lo establecido en el apartado anterior, la STCCO determinó que la conducta desarrollada por TELEFÓNICA constituye una respuesta esperada a la dinámica competitiva propia del mercado móvil, motivo por el cual no habría vulnerado las normas contenidas en la Ley N° 30083 que orientan la buena fe empresarial en dicho mercado. En tal sentido, al ser una conducta lícita en el mercado, esta STCCO es de la opinión que no correspondería sancionar a TELEFÓNICA por una afectación real o potencial al mercado móvil.

Sin perjuicio de ello, pese a que la conducta evaluada en el presente procedimiento se encuentra enmarcada dentro de los parámetros de licitud contenidos en la regulación sectorial, esta STCCO estima pertinente poner en conocimiento del CCO, algunos posibles efectos que podrían derivarse de la propia regulación sectorial (la Ley N° 30083 y su Reglamento), así como del ingreso lícito al mercado través de “Tuenti”, con el objeto de realizar las recomendaciones que resulten pertinentes para que la concurrencia en el mercado de servicios públicos móviles se dé en un marco de libre y leal competencia.

De otro lado, el análisis y proyecciones elaboradas por esta STCCO, podrían hacer necesario que este Órgano Instructor, en ejercicio de sus facultades de investigación y supervisión a los distintos mercados de servicios públicos de telecomunicaciones, evalúe el desarrollo de la conducta de TELEFÓNICA a través de “Tuenti” una vez que los OMV ingresen al mercado móvil, ello a efectos de determinar si la empresa estaría incurriendo en alguna conducta anticompetitiva o desleal, que pudiera ser eventualmente sancionada por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.

¹⁹⁹ Si los OMV han demorado en incursionar en el mercado de servicios públicos móviles, fue a raíz de un retraso en la publicación del Reglamento.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 114 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

13.1. Análisis de la oferta comercial de “Tuenti” y su impacto en la oferta de los competidores

Tal como se ha señalado, “Tuenti” inició sus operaciones en el Perú el 5 de octubre de 2014. Cabe destacar que TELEFÓNICA ha indicado que las segundas marcas son mucho más antiguas que la existencia de las OMV como modelo de negocio, lo cual, según señala, puede corroborarse en el caso de los registros de la marca Tuenti en el Perú.

Al respecto, tal como ha sido determinado a lo largo del Informe, el presente procedimiento no se ha centrado en analizar la naturaleza jurídica de “Tuenti” o la legalidad de sus operaciones en el mercado móvil; por el contrario, la conducta objeto de investigación consistió en evaluar la licitud de los medios empleados por TELEFÓNICA a través de su estrategia empresarial mediante su segunda marca “Tuenti”, bajo los parámetros de buena fe objetiva contemplados en el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Respecto a las operaciones del servicio móvil de “Tuenti” en el Perú, así como en el resto de sus operaciones en la región, dicha marca se ha enfocado en el mercado de usuarios de servicios móviles para jóvenes, considerando un público objetivo entre los 16 y los 35 años.

La oferta de “Tuenti” se ha enfocado en el segmento prepago, en el cual, a través de recargas se pueden adquirir combos de servicios que incluyen minutos para llamadas, mensajes de texto ilimitados, Megabytes para navegación por internet, y mensajería por WhatsApp ilimitada.


La adquisición de un chip de “Tuenti”, o el alta del servicio, implica que el usuario obtiene un “Bono de Alta”, el cual incluye un saldo para servicios que se puede usar por 15 días. Asimismo, con este bono el usuario tiene 40 minutos para llamadas a cualquier celular o fijo a nivel nacional, 300MB de transmisión de datos, mensajes de texto ilimitados y mensajería por WhatsApp ilimitada.

Cuadro N° 5: Características del Bono de alta

Minutos	MB para transmisión de datos	Mensajes de texto	WhatsApp	Horarios de uso	Días calendario a utilizar
40	300	Ilimitado	Ilimitado	24 horas	15

Fuente: SIRT

Adicionalmente, “Tuenti” ofrece combos que pueden ser adquiridos mediante recargas que el usuario hace sobre su línea telefónica. Desde su lanzamiento en octubre de 2014, la referida marca ofrece combos para ser usados como una especie de “bolsa de servicios”, con límites de tiempo y uso, así como combos extra de minutos y MB que complementan sus combos principales. Inicialmente “Tuenti” ofrecía combos de S/. 5, S/. 10 y S/. 15, mientras que sus combos extra para llamadas o transmisión de datos (paquetes X-tra Megas o X-tra Minutos) costaban S/. 1. Luego, en marzo de 2015 se lanzó una nueva bolsa Tuenti, en este caso de S/. 30, unos meses después, en junio de 2015 se lanzaron dos nuevos combos X-tra de S/. 5, uno para llamadas y otro para acceso a internet. En el siguiente cuadro se resumen todos los combos que

	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2015 Página 115 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

ofrece actualmente Tuenti, cuyas características individuales se han mantenido desde que fueron lanzados:

Cuadro N° 6: Oferta comercial de Tuenti, a agosto de 2015

Nombre del combo	Precio (incluye IGV)	Minutos	MB para transmisión de datos	Mensajes de texto	WhatsApp	Horarios de uso	Días calendario a utilizar
Combo 5	S/. 5.00	10	80	Ilimitado	Ilimitado	24 horas	5
Combo 10	S/. 10.00	25	180	Ilimitado	Ilimitado	24 horas	10
Combo 15*	S/. 15.00	40	300	Ilimitado	Ilimitado	24 horas	15
Combo 30	S/. 30.00	90	700	Ilimitado	Ilimitado	24 horas	30
X-tra Megas	S/. 1.00	-	20	-	-	24 horas	1
X-tra Minutos	S/. 1.00	4	-	-	-	24 horas	1
X-tra Megas	S/. 5.00	-	120	-	-	24 horas	5
X-tra Minutos	S/. 5.00	25	-	-	-	24 horas	5

Fuente: SIRT

* Este combo es idéntico al que el usuario recibe cuando se da de alta. Ver Cuadro N° 5.


Es importante señalar que luego de la entrada de “Tuenti” al mercado móvil peruano, se han intensificado ofertas similares por parte de otros operadores. En ese sentido, Claro, Bitel y Entel han lanzado ofertas que también ofrecen acceso a WhatsApp o a redes sociales, como Facebook o Twitter, de forma ilimitada por montos de recargas pequeñas en el caso de la modalidad prepago, así como planes en la modalidad postpago que también discriminan ciertos contenidos de mensajería o redes sociales. En ese sentido, como señala TELEFÓNICA, los otros OMR también han buscado incursionar en el segmento de usuarios que podría ser el mismo público joven al que apunta “Tuenti” en todas sus operaciones.

Sin embargo, la estrategia adoptada por operadores como Claro, Bitel y Entel ha sido distinta, ya que éstos solo han creado planes mejor diseñados para lo que podría considerarse un público joven, promocionándolos con su misma marca. Por su parte, TELEFÓNICA ha optado por lanzar una segunda marca, con una estrategia que, de acuerdo al material publicitario presentado, parecía buscar presentarse como una nueva alternativa, incluso tratando de romper el vínculo con la referida operadora.

13.2. Resultados de la marca “Tuenti” en el mercado móvil prepago peruano

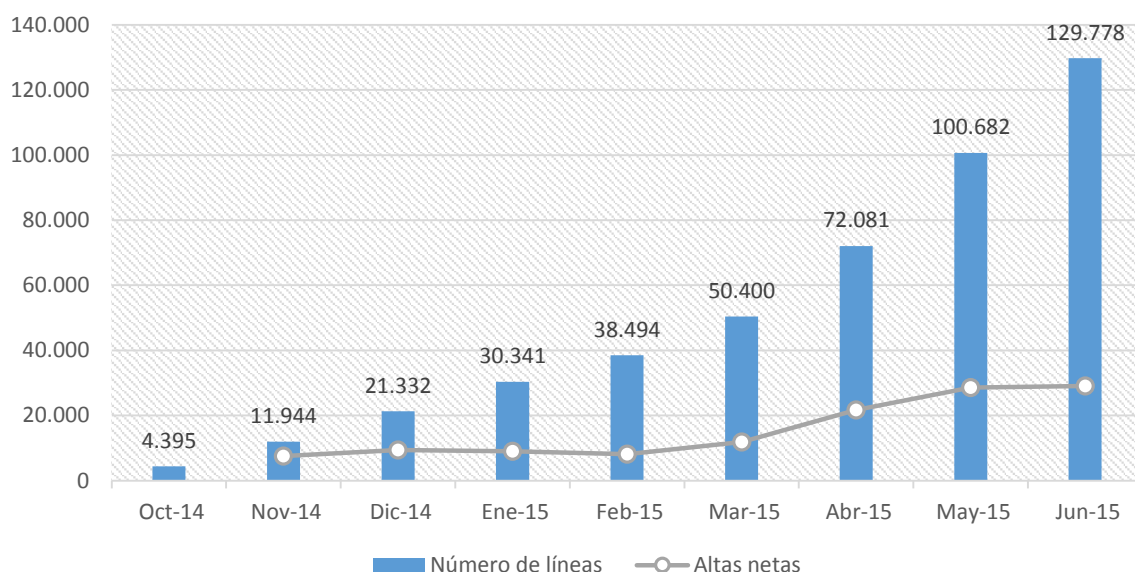
Conforme ha sido expuesto, si bien la conducta desarrollada por TELEFÓNICA a través de su marca “Tuenti” se enmarca dentro de los parámetros de licitud de la cláusula general, sus operaciones podrían generar a futuro, alguna afectación a la dinámica competitiva del mercado, producto de su propia concurrencia lícita en el mercado móvil permitida por la regulación sectorial y por la Ley N° 30083.

En términos generales, los resultados que TELEFÓNICA ha obtenido a través de la marca “Tuenti” han sido favorables. Conforme se puede ver en el siguiente

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 116 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

gráfico, en su primer mes de operación, “Tuenti” ganó más de cuatro mil clientes, mostrando a partir de ese momento un crecimiento siempre positivo. Así, en marzo del 2015, la referida marca, registraba más de 50 mil líneas en servicio, llegando a junio de 2015 con casi 130 mil líneas en servicio; es decir, en solo tres meses, entre marzo y junio de 2015, el número de líneas en servicio casi se triplicó. Cabe destacar que el promedio de altas netas²⁰⁰ de “Tuenti” entre octubre de 2014 y junio de 2015 ha sido de 15,673 líneas por mes.


Gráfico N° 29: Evolución del número de líneas y altas netas de Tuenti



Fuente: Telefónica
Elaboración: OSIPTEL

En cuanto a la distribución de las líneas “Tuenti” por departamento, se observa que TELEFÓNICA ha vendido más líneas en Lima y Callao y en Puno, siendo este último departamento el que ha mostrado un mayor crecimiento, principalmente a partir del mes de enero del 2015. Así, entre octubre de 2014 y junio de 2015 en promedio el 43% de líneas en servicio de “Tuenti” estaban en Lima y Callao, mientras que en Puno dicho promedio fue de 7.1%, aunque a junio de 2015 Puno registraba el 14% del total de líneas en servicio de Tuenti. Asimismo, en departamentos como La Libertad, Piura, Huánuco, Lambayeque, Arequipa, Ancash, Ica y Junín, se han registrado en promedio el 4% de líneas Tuenti.

²⁰⁰ La diferencia entre el número de líneas entre dos meses consecutivos.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 117 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Cuadro N° 7: Distribución del número de líneas de Tuenti por departamentos

	Oct-14	Nov-14	Dic-14	Ene-15	Feb-15	Mar-15	Abr-15	May-15	Jun-15
Lima y Callao	57%	51%	46%	44%	42%	40%	38%	35%	35%
Puno	0%	1%	4%	6%	7%	9%	11%	12%	14%
La Libertad	5%	6%	6%	6%	5%	5%	5%	5%	5%
Piura	7%	6%	6%	5%	5%	5%	5%	4%	4%
Huánuco	7%	6%	6%	5%	5%	5%	4%	4%	3%
Lambayeque	5%	6%	5%	5%	4%	4%	4%	4%	4%
Arequipa	2%	3%	5%	6%	6%	6%	5%	4%	4%
Ancash	2%	2%	3%	3%	4%	3%	4%	3%	4%
Ica	3%	2%	3%	3%	3%	3%	4%	4%	4%
Junín	1%	2%	3%	3%	3%	4%	4%	4%	4%
Otros*	10%	14%	14%	14%	15%	16%	19%	20%	20%

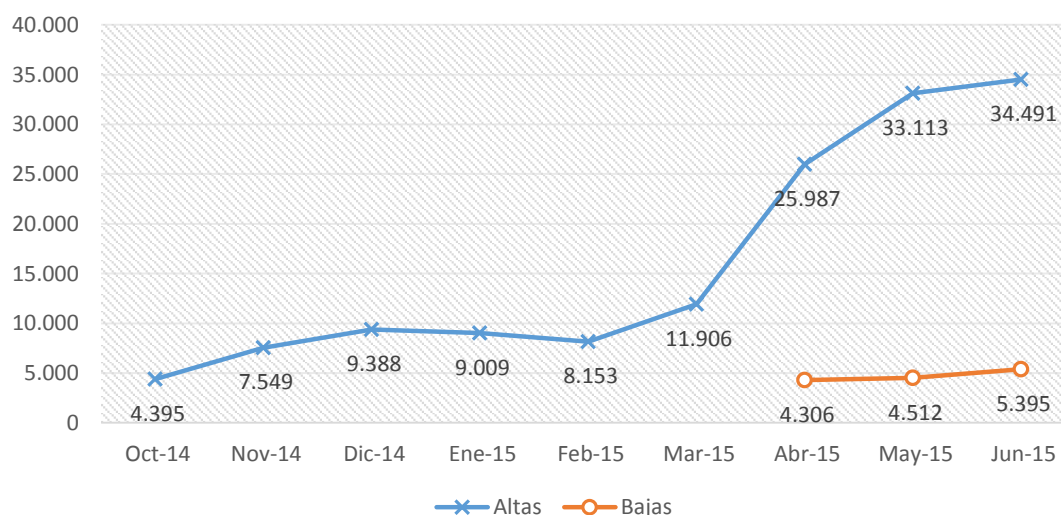
Fuente: Telefónica

Elaboración: OSIPTEL

* Otros incluye a los departamentos de Tacna, Cusco, San Martín, Moquegua, Loreto, Ayacucho, Madre de Dios, Ucayali, Apurímac, Cajamarca, Tumbes y Amazonas. Cabe destacar que en todo el periodo no se reportaron usuarios en Huancavelica y Pasco.


De otro lado, si se observa el número de altas de “Tuenti” se puede ver que se ha dado un crecimiento exponencial a partir del mes de marzo de 2015. Así, mientras que entre octubre de 2014 y febrero del 2015 el promedio de altas de líneas móviles fue de casi 7,700, entre marzo y junio del 2015 dicho promedio se incrementó hasta por encima de las 26,000 líneas mensuales. En cuanto a las bajas, éstas según TELEFÓNICA se han registrado cuando el usuario no recarga saldo a su línea luego de siete meses. Por ello, en el siguiente gráfico solo se observan bajas a partir del mes de abril del 2015. Además, si bien el número de bajas del servicio se observa con una tendencia ligeramente creciente, este es muy pequeño.

Gráfico N° 30: Evolución de las altas y bajas de líneas Tuenti



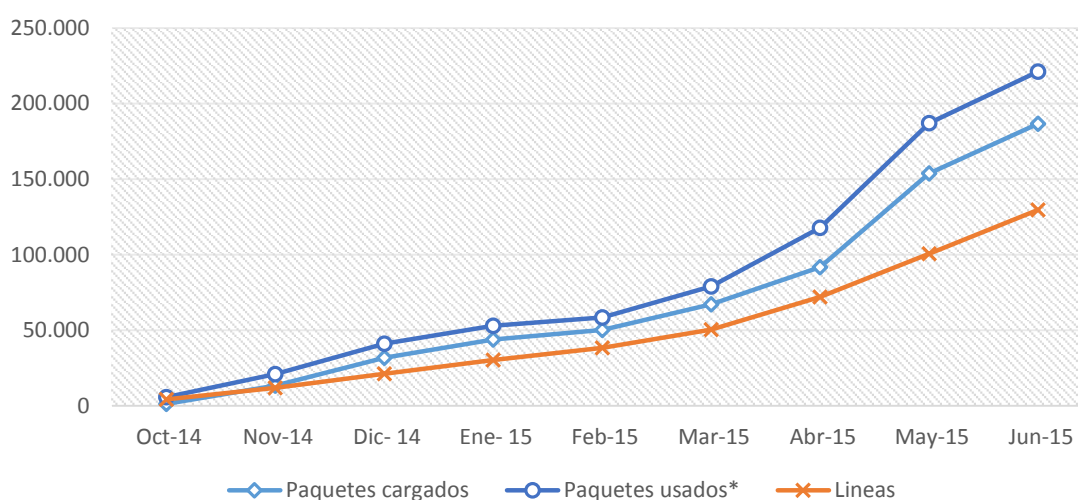
Fuente: Telefónica

Elaboración: OSIPTEL

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 118 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

En cuanto al consumo de recargas y uso del servicio, como se puede ver en el siguiente gráfico, el número de paquetes adquiridos (incluye combos y X-tras) supera al número de líneas “Tuenti” en servicio. Así, entre octubre de 2014 y junio de 2015 en promedio un usuario ha adquirido 1.25 paquetes al mes. Luego, si se tiene en cuenta que los nuevos usuarios (altas nuevas) reciben un bono de S/. 15 gratis, se puede afirmar que en promedio, en el periodo de análisis, una cliente de la marca Tuenti utiliza 1.7 paquetes al mes. Cabe destacar que en lo que respecta a los paquetes adquiridos, la relación entre combos y X-tras ha sido en promedio de [**CONFIDENCIAL**].

Gráfico N° 31: Adquisición y consumo de paquetes de recarga Tuenti



Fuente: Telefónica

Elaboración: OSIPTEL

* Dado que cada nuevo usuario (alta) recibe un combo de S/. 15, el total de Paquetes usados se calcula como la suma de los paquetes adquiridos y los combos otorgados a las altas nuevas.

Si se analizan solo los combos por monto, se observa que el combo más adquirido es el de [**CONFIDENCIAL**].


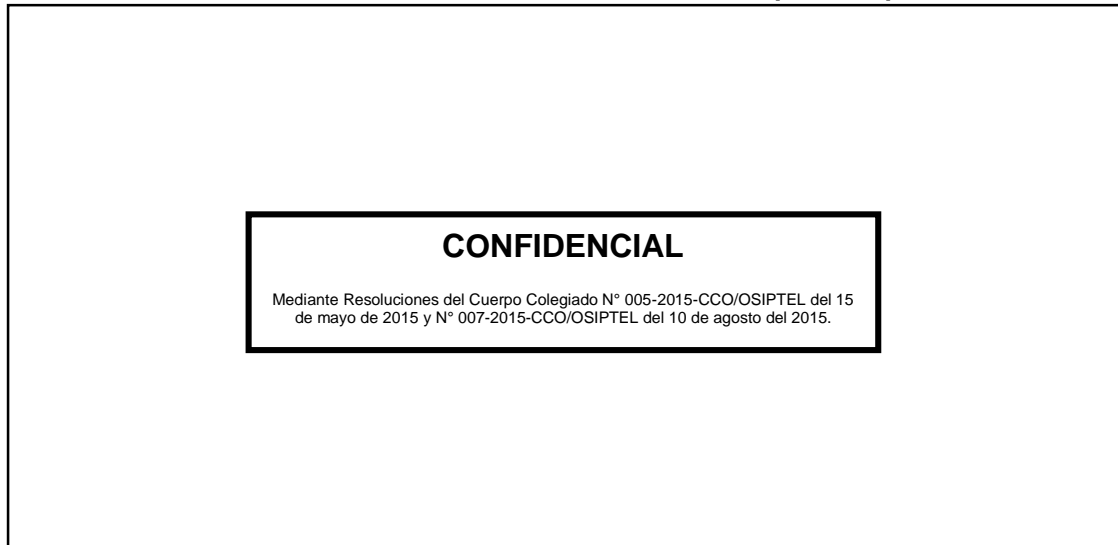
	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 119 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

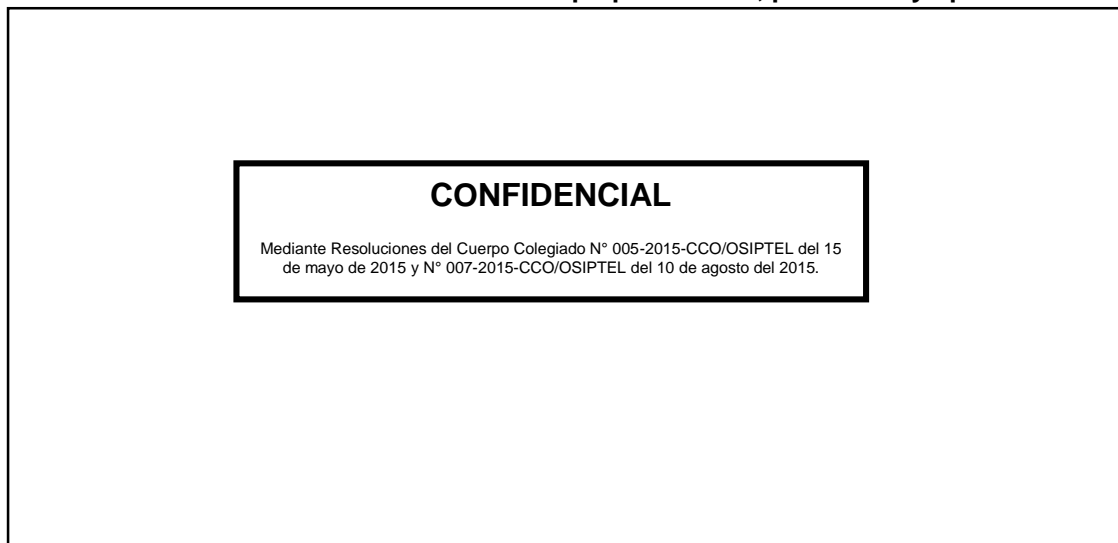
Gráfico N° 32: Distribución de combos Tuenti adquiridos, por monto



Fuente: Telefónica
Elaboración: OSIPTEL

De otro lado, si se analizan los paquetes X-tras, se observa que la distribución entre los paquetes de datos y los paquetes de llamadas es [**CONFIDENCIAL**].


Gráfico N° 33: Distribución de paquetes X-tra, por monto y tipo



Fuente: Telefónica
Elaboración: OSIPTEL

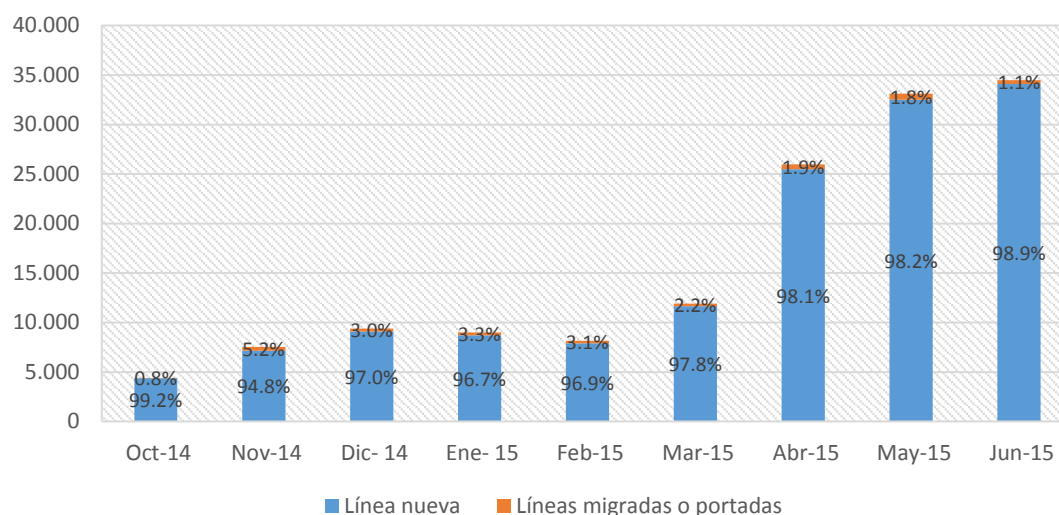
De esta manera, se observa que la mayor parte de usuarios de “Tuenti” prefieren [**CONFIDENCIAL**].

Es importante tener en cuenta que la mayor parte de líneas “Tuenti” son líneas totalmente nuevas, es decir, provienen de la compra de un chip con un número nuevo. Así, durante todo el periodo de análisis, en promedio el 97.5% de líneas

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 120 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

móviles de “Tuenti” correspondían a líneas nuevas, mientras que el resto de líneas “Tuenti” correspondían a usuarios que estando en TELEFÓNICA han cambiado su plan de uno bajo la marca “Movistar” a uno bajo la marca “Tuenti”, o han hecho uso de su derecho a la portabilidad y provienen de otros operadores.

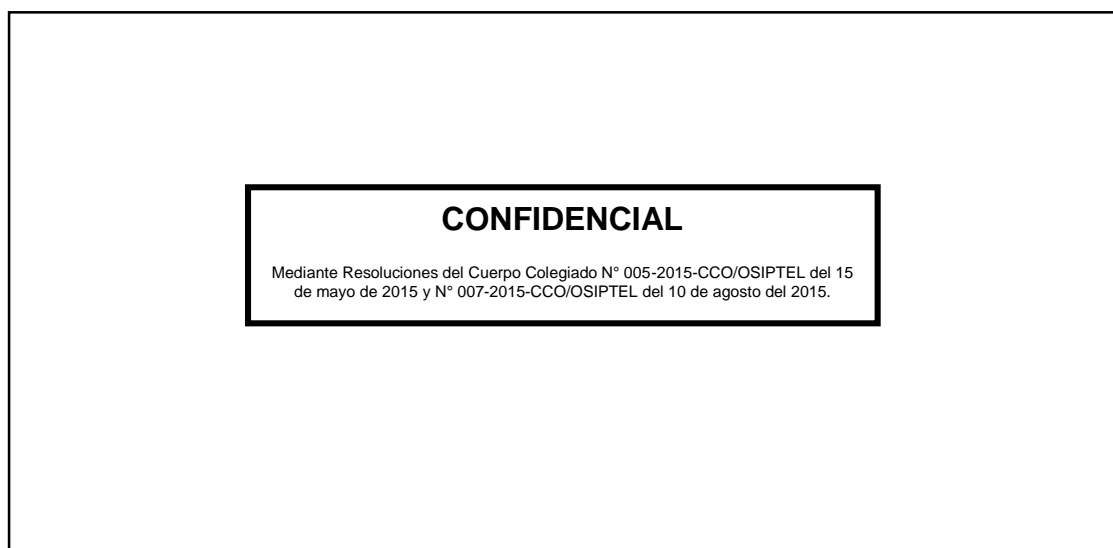
Gráfico N° 34: Distribución entre líneas nuevas y líneas portadas/migradas a Tuenti




Fuente: Telefónica
Elaboración: OSIPTEL

Precisamente, dentro de esa pequeña cantidad de líneas migradas o portadas se observa que una parte importante [**CONFIDENCIAL**]. Asimismo, un porcentaje [**CONFIDENCIAL**].

Gráfico N° 35: Distribución de las líneas portadas a líneas Tuenti, por empresa de origen



Fuente: Telefónica
Elaboración: OSIPTEL

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 121 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Conforme se ha señalado en el presente apartado, se puede concluir que el lanzamiento de “Tuenti” ha sido exitoso para TELEFÓNICA. En particular, a través de la referida marca, la denunciada ha incursionado con éxito en un segmento de mercado en el cual es común la presencia de los OMV.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo observado en la experiencia internacional, la cual muestra que la creación de segundas marcas por parte de los OMR es una reacción común para disputar el mercado a los OMV en segmentos que estos últimos empiezan a explotar. Además, se ha observado que la disminución inicial de la concentración del mercado producto de los OMV es frenada por esta estrategia de lanzamiento de nuevas marcas por parte de los OMR.

Si bien, aparentemente no se ha desincentivado la entrada de posibles OMV al mercado peruano, tal como se observará en el párrafo siguiente, el lanzamiento de “Tuenti” podría generar a futuro cierto daño al mercado que deberá ser tomado en cuenta por el CCO a efectos de que realice las recomendaciones pertinentes. En la misma línea, en caso se advierta, con posterioridad al ingreso de los OMV, alguna conducta contraria a la libre o leal competencia, las instancias de solución de controversia se encontrarán facultadas a evaluar tal situación en ejercicio de sus facultades.


Por ejemplo, Virgin Mobile, a través de su actual CEO para Latinoamérica, Phil Wallace, ha reconfirmado su intención de ingresar al mercado peruano, afirmando incluso que *“las negociaciones con la firma de telecomunicaciones que le alquilará la infraestructura están en progreso”*²⁰¹. Asimismo, otros operadores con y sin presencia actual en el mercado peruano de telecomunicaciones han mostrado su interés en ingresar como OMV, incluso después del lanzamiento de Tuenti. Así, además de Virgin Mobile, otra empresa que ha mostrado su interés en ser OMV en el Perú es Optical Networks S.A.C., que a través de su gerente general señaló en una entrevista que estaba esperando la publicación del reglamento de la Ley N° 30089 para lanzarse como OMV, en Tacna y Moquegua. De otro lado, la empresa Moche Inversiones S.A., en su página web corporativa (<http://moche.pe/>), señala que *“(c)omo parte de una oferta integral de telecomunicaciones, Moche prepara el lanzamiento del servicio de telefonía móvil como Operador Virtual.”*. Además, recientemente el OMV de origen chileno “Simple” anunció sus intenciones de expandir sus servicios a algunos países de la región, entre ellos Perú²⁰².

Estos hechos indicarían que el lanzamiento de “Tuenti” en el Perú no ha desincentivado la entrada de OMV; sin embargo, ello podría eventualmente dificultar el desarrollo e incluso la permanencia de Virgin Mobile o de otros OMV en el mercado.

Un ejemplo del daño que podría generarse, puede advertirse si se observa a “Tuenti” Perú y Virgin Mobile Chile en sus primeros nueve meses de

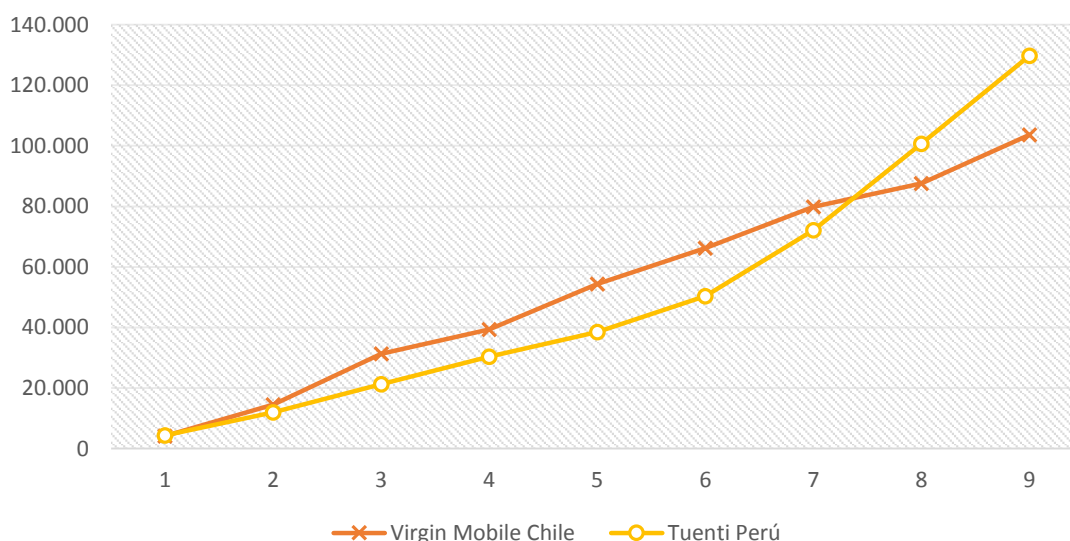
²⁰¹ Ver “Virgin Mobile ultima acuerdo con operador”. En: <http://gestion.pe/impres/virgin-mobile-ultima-acuerdo-operador-2136998>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

²⁰² OMV Simple lanzará 4G durante el próximo año y busca expandirse en la región. Diario Financiero, ver: <http://www.entornointeligente.com/articulo/6856938/OMV-Simple-lanzara-4G-durante-el-proximo-ano-y-busca-expandirse-en-la-region--Diario-Financiero>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 122 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

operación²⁰³. Así se puede ver que el crecimiento en el número de líneas mostradas por ambas operaciones es muy similar. En ese sentido, el lanzamiento de “Tuenti” en el Perú puede resultar en una estrategia lícita que dificulte el éxito de Virgin Mobile o algún otro OMV de similares características, al haberse posicionado en un segmento del mercado que es muy común entre los OMV.

Gráfico N° 36: Evolución del número de líneas de Virgin Mobile Chile y Tuenti Perú en sus nueve primeros meses de operación




Fuente: Subtel y Telefónica
Elaboración: OSIPTEL

En ese sentido, si bien no es posible en este momento señalar con certeza que las operaciones de “Tuenti” podrían dificultar la incursión de los OMV en el Perú, o en todo caso, dificultar su éxito; el CCO deberá tener en cuenta que el posible éxito de “Tuenti” en detrimento de los OMV, finalmente terminará elevando la concentración del mercado, en tanto que un solo agente económico (en este caso TELEFÓNICA) terminará incrementando su participación de mercado, facilitando con ello la realización de prácticas contrarias a la libre o leal competencia.

Con anterioridad a la presentación de algunos escenarios para ver el posible impacto en la concentración del mercado móvil a partir de la entrada de “Tuenti”, corresponde recordar que esta STCCO ha tenido dificultad para determinar el impacto que ha tenido el lanzamiento “Tuenti” en el número de líneas de TELEFÓNICA. Ello debido a que en sus escritos, la denunciada ha evidenciado en todo momento que ha incluido el número de líneas “Tuenti” dentro del número total de líneas prepago que reporta al OSIPTEL en el marco de los requerimientos de información periódica²⁰⁴. Sin embargo, al revisar dicha información periódica remitida al OSIPTEL para el cuarto trimestre de 2014 y el primer trimestre de 2015, respecto del número de líneas por plan tarifario, no se observa que TELEFÓNICA haya incluido algún plan que pueda asociarse

²⁰³ En el caso de Virgin Mobile Chile sus 9 primeros meses de operación van de abril a diciembre de 2012, mientras que en el caso de Tuenti Perú sus primeros 9 meses de operaciones van desde octubre de 2014 a junio de 2015.

²⁰⁴ Establecidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2012-CD/OSIPTEL.

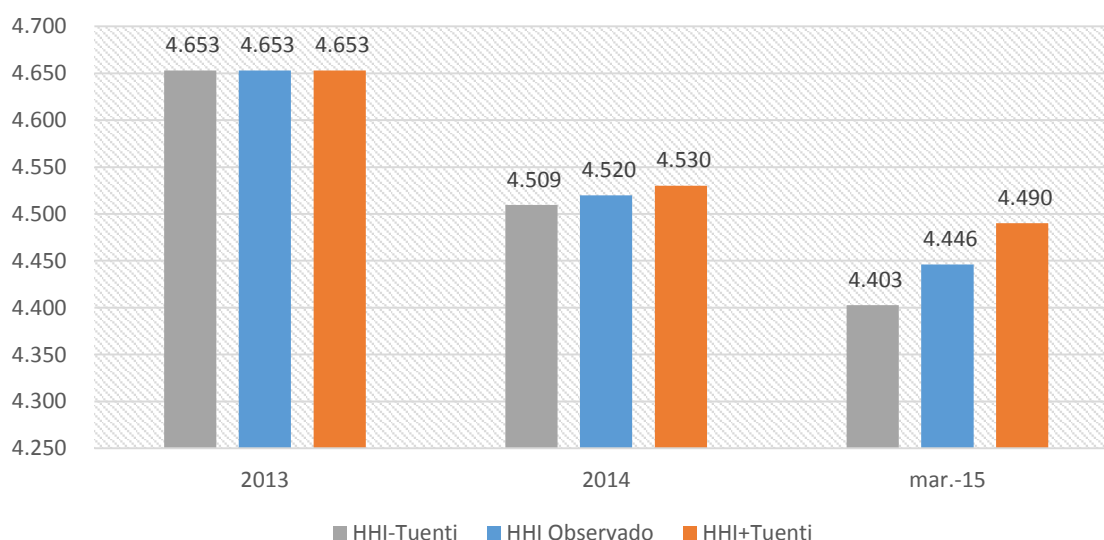
	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 123 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

con la marca “Tuenti”. En ese sentido, no se puede tener claridad respecto a si el total de líneas prepago de Telefónica reportadas al OSIPTEL en el marco de los requerimientos de información periódica, incluye a las líneas “Tuenti” o no.

Por tal motivo, si bien este aspecto referido a la falta de claridad en la información de TELEFÓNICA ha sido evaluado en la cuestión previa del presente Informe, dicha actuación ha entorpecido y dificultado las labores de análisis de esta STCCO.


Ahora bien, respecto al posible impacto en la concentración del mercado móvil a partir de la entrada de “Tuenti”, en el siguiente gráfico se ha calculado el índice HHI, en base al número de líneas en servicio, para medir la concentración del mercado en tres escenarios y para los últimos tres años, considerando que solo se dispone de información del mercado a marzo de 2015. Dos de estos escenarios, las barras de color celeste y las barras de color naranja, representan escenarios que tratan de medir el impacto de la entrada de la marca “Tuenti” en el mercado, mientras que las barras de color gris muestran un escenario hipotético en el cual no habría ingresado “Tuenti” al mercado. Ahora, hay que tener en cuenta que las barras de color celeste muestran el HHI del mercado considerando el total de líneas reportadas por TELEFÓNICA a través de los requerimientos de información periódica (HHI Observado); luego, las barras de color naranja representan el escenario en el cual la referida empresa no habría incluido en los reportes de información periódica a las líneas Tuenti, por lo que el número de líneas “Tuenti” se han sumado a estas (HHI+Tuenti); finalmente, las barras de color gris representan el escenario en el cual TELEFÓNICA sí habría incluido las líneas “Tuenti” y estas últimas se restan para ver qué pasaría si no se hubiera lanzado “Tuenti”.

Gráfico N° 37: Escenarios de concentración del mercado a partir de la entrada de Tuenti



Fuente: OSIPTEL y Telefónica
Elaboración: OSIPTEL

Los resultados de estos escenarios muestran dos cosas. Lo primero que se observa es que en efecto, producto de la entrada de Bitel y el lanzamiento de

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 124 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Entel la concentración del mercado se ha reducido entre 2013 y marzo de 2015. Luego, prestando atención solo al hecho de la entrada de “Tuenti”, se observa que si “Tuenti” no hubiera ingresado (barras de color gris), la concentración del mercado se hubiera reducido todavía más, ello en comparación al HHI obtenido para los dos escenarios que consideran el ingreso de “Tuenti” (barras de color celeste y naranja)²⁰⁵.

De esta manera, se puede concluir que la entrada de “Tuenti” al mercado podría permitir que la concentración del mercado no se reduzca como se esperaría tras el mayor dinamismo que el mercado ha venido presentando, en tanto la participación de mercado de TELEFÓNICA se incrementa cuando “Tuenti” obtienen más usuarios.


En virtud a dichas consideraciones, a futuro podría existir un importante riesgo de daño al mercado producto de la concentración generada por el lanzamiento de la marca “Tuenti”, que facilitaría la comisión de posibles prácticas anticompetitivas o desleales, o en general un posible uso de mayor poder de mercado. Ahora, si bien la conducta analizada en el presente procedimiento no infringiría la cláusula general de la ley de competencia desleal, las proyecciones planteadas en el presente informe constituyen una importante señal para que la STCCO evalúe permanente el desarrollo de la dinámica competitiva en dicho mercado luego de del ingreso de los OMV, así como para que formule las recomendaciones necesarias que establezcan ciertas medidas que permitan una mayor transparencia, a fin que el mercado de servicios móviles se desenvuelva en un marco de libre y leal competencia.

XIV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

En virtud de lo expuesto, esta STCCO considera que no se ha acreditado que TELEFÓNICA a través de su operación con la marca “Tuenti” en el mercado móvil, haya cometido actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, contraviniendo con ello lo establecido por el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, sobre la base de los siguientes argumentos:


- i) Bajo los términos expuestos en la Ley Nº 30083 y su Reglamento, TELEFÓNICA califica como un OMR, al ser un concesionario que cuenta con título habilitante para prestar servicios móviles, red propia y asignación de espectro radioeléctrico. En tal sentido, dada las características particulares de este operador, así como a su poder de mercado, éste puede encontrarse en una mejor posición competitiva que le permitiría desplegar todo tipo de conductas a fin de proteger su condición, ante el riesgo de entrada o salida efectiva de los competidores en el mercado móvil, pudiendo ser dichas conductas lícitas o ilícitas bajo los parámetros de las normas de represión de competencia desleal o incluso del marco normativo de represión de conductas anticompetitivas.
- ii) La regulación sectorial constituye una limitación al derecho a la libertad de empresa de los operadores, siendo que ésta debe ser expresa en señalar cuál es el ámbito de actuación de los actores en el mercado, esto es, debe cumplir con dictar las reglas de conducta que considere indispensables para que los agentes en determinado mercado interactúen simulando condiciones de

²⁰⁵ Si incluso se considerara que, al no existir “Tuenti”, las líneas ganadas por ésta hubieran sido ganadas por los OMR entrantes, Entel o Bitel, la concentración se reduciría mucho más.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 125 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

competencia. En el presente caso, de un análisis de las directrices que marcan el comportamiento de los operadores móviles según lo dispuesto en la regulación sectorial y en la Ley N° 30083 y su Reglamento, no se observa prohibición alguna que limite la libertad de los OMR de crear segundas marcas; por tal motivo, la creación de “Tuenti” es lícita.

- iii) Adicionalmente, podría concluirse que la creación de segundas marcas en el mercado móvil, constituye una conducta esperada en dicho mercado pues, estudios económicos revelan que la creación de segundas marcas constituye una respuesta esperada de las OMR para atraer nuevos consumidores en segmentos de precios bajos sin afectar la posición de su marca principal o evitando exponerla a una excesiva competencia en precios, siendo que dicha estrategia se observa en mercados como el nuestro. En esta línea, corresponde indicar que, el lanzamiento de la marca “Tuenti”, constituiría una conducta esperada en la industria de telecomunicaciones que responde a una estrategia de expansión en América Latina que apunta a diseñar una estrategia de segmentación de mercados para responder a las nuevas presiones competitivas que conllevan al crecimiento de los operadores con atenciones más personalizadas a los usuarios.
- iv) TELEFÓNICA a través de su segunda marca “Tuenti”, al ser un OMR establecido en el mercado móvil, estaría ahorrando determinados costos de acceso e interconexión producto de su ventaja competitiva inherente respecto de los futuros OMV, sin embargo dicha ventaja económica es lícita pues se deriva de su propia condición de OMR establecido, así como de la asimetría de información que siempre estará presente al momento en que el regulador fije los cargos orientados a costos. Sin perjuicio de ello, existen otro tipo de costos que la empresa, al igual que cualquier OMV que incursione en el mercado, tendría que seguir asumiendo, por ejemplo, aquellos vinculados a su concesión, como canon, FITEL, entre otros, e incluso al obligársele a arrendar su red a terceros, debe incurrir en costos adicionales de mantenimiento y reparación.
- v) Por tanto, de los medios probatorios que obran en el expediente, se observa por un lado que el tratamiento que le ha dado TELEFÓNICA a “Tuenti” es el de una marca más dentro de la gama de servicios que brinda a los consumidores, siendo que dicha estrategia responde a un proyecto de alcance regional que se encuentra alineada a los intereses de Telefónica de España, empresa que pertenece al grupo económico del cual la denunciada es parte, compartiendo así los beneficios económicos derivados de la referida estrategia. Adicionalmente, el hecho de separar en plataformas distintas a las dos marcas que confluyen brindando servicios de telefonía móvil, responde a un criterio de orden y desarrollo de nuevas tecnologías. En tal sentido, “Tuenti” no se estaría comportando como una entidad distinta de TELEFÓNICA, que sea autónoma y tome decisiones de forma independiente a lo señalado por la alta dirección de la referida empresa, siendo que ni siquiera el hecho de que la marca esté inscrita a favor de una empresa distinta (por un acuerdo comercial ha podido ser cedida), genera indicios de que “Tuenti” cuenta en la práctica con una personalidad jurídica diferenciada de TELEFÓNICA, por lo que no corresponde aplicar el Principio de Primacía de la Realidad, establecido en el artículo 5º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2015 Página 126 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

- vi) Finalmente, a futuro podría existir un importante riesgo de daño al mercado producto de la concentración que se podría generar por el lanzamiento de la marca “Tuenti”, que facilitaría la comisión de posibles prácticas anticompetitivas o desleales, al potencialmente afectar la entrada y permanencia de los futuros OMV. Ahora, si bien la conducta analizada en el presente procedimiento no infringiría la cláusula general de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, las proyecciones planteadas en el presente informe constituyen una importante señal para que la STCCO evalúe permanente el desarrollo de la dinámica competitiva en dicho mercado luego del ingreso de los OMV, así como para que formule las recomendaciones necesarias que establezcan ciertas medidas que permitan una mayor transparencia, a fin que el mercado de servicios móviles se desenvuelva en un marco de libre y leal competencia.

En tal sentido, se recomienda al CCO que declare INFUNDADA la denuncia presentada contra TELEFÓNICA, al no haber incurrido en una conducta contraria a la cláusula general contenida en el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, toda vez que no habría contravenido las exigencias de buena fe empresarial contenidas en la Ley N° 30083 al participar en el mercado de servicios públicos móviles bajo la figura de su segunda marca “Tuenti”.

ZARET MATOS FERNÁNDEZ
SECRETARIA TÉCNICA ADJUNTA DE LOS
CUERPOS COLEGIADOS