



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 009-2015-CCO/OSIPTEL

Lima, 17 de noviembre de 2015

EXPEDIENTE	006-2014-CCO-ST/CD
MATERIA	Competencia Desleal
ADMINISTRADOS	Instituto del Derecho Ordenador del Mercado Telefónica del Perú S.A.A.

SUMILLA: Se declara infundada la denuncia presentada por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado contra Telefónica del Perú S.A.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de cláusula general, supuesto tipificado en el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

En consecuencia se deniegan los pedidos accesorios formulados por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado y, adicionalmente, se ordena a la Secretaría Técnica realizar las indagaciones necesarias a efectos de determinar si es que efectivamente concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador contra Telefónica del Perú S.A.A. por supuestas infracciones al artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado (en adelante, 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.

VISTO:

El Expediente N° 006-2014-CCO-ST/CD, correspondiente a la controversia entre IDOM y TELEFÓNICA, sobre actos de competencia desleal.

CONSIDERANDO:

I. PARTES INVOLUCRADAS

Denunciante

IDOM, es una asociación inscrita en el Registro de Personas Jurídicas con Partida N° 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.

Denunciada

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 N° 616-2013-MTC/03, en la cual se estableció como primer servicio a prestar, el Servicio Público de Comunicaciones Personales (PCS)¹.

II. ANTECEDENTES

- 2.1 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 N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de Competencia Desleal).

(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.

Adicionalmente, solicitó que se dicten las medidas cautelares necesarias para el cese del acto denunciado.

- 2.2 Mediante Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 27 de noviembre de 2014, el Cuerpo Colegiado (en adelante, el CCO) declaró inadmisble la denuncia presentada por IDOM, debido a que de conformidad con lo señalado en los artículos 43°, 45° 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

¹ Mediante Resolución Viceministerial N° 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 N° 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.

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.

- 2.3 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.
- 2.4 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.
- 2.5 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.
- 2.6 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 Niza².
- 2.7 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

² Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el registro de las marcas, establecida mediante Arreglo de Niza (1957).

fue puesto en conocimiento del CCO a través del Oficio N° 004-STCCO/2015 del 09 de enero de 2015.

- 2.8 Por Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de enero de 2015, el CCO resolvió lo siguiente³: 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 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 involucren la comisión de infracciones del Título VII del Reglamento de Solución de Controversias.
- 2.9 TELEFÓNICA contestó la denuncia mediante escrito N° 1 presentado el 12 de febrero de 2015⁴.
- 2.10 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.
- 2.11 Conforme a lo dispuesto por el artículo 74° del Reglamento de Solución de Controversias, el 02 de marzo de 2015, la 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.
- 2.12 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, la SDC) desarrollan los criterios interpretativos que vienen aplicando en casos de infracción a la cláusula general para la generalidad de mercados y agentes económicos⁵.

³ Adicionalmente, el CCO dispuso agregar al expediente el Informe N° 001-STCCO/2015 y ponerlo en conocimiento de las partes.

⁴ Cabe indicar que los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en su escrito de descargos, se encuentran desarrollados en el numeral 6.2 del Informe Instructivo N° 010-STCCO/2015 de fecha 02 de setiembre de 2015, y serán evaluados por este CCO a lo largo del presente pronunciamiento.

⁵ 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.

- 2.13 Mediante Oficio N° 043-STCCO/2015 remitido el 10 de abril de 2015, la STCCO le requirió a TELEFONICA que cumpla con proporcionar diversa información relacionada a su marca “Tuenti”⁶, en un plazo de diez (10) días hábiles.
- 2.14 Mediante Oficio N° 044-STCCO/2015⁷ remitido el 13 de abril de 2015, la STCCO requirió a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (en adelante, la GFS) diversa información relacionada al Memorando N° 1233-GG/2014 que adjuntó la Carta N° 1018-GG.GPS.GPRC/2014⁸ y al Memorando N° 159-GFS/2015⁹.
- 2.15 Posteriormente, el 13 de abril de 2015, la STCCO remitió el Oficio N° 045-STCCO/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.
- 2.16 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”.

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.

⁶ La STCCO solicitó la siguiente información para el período de octubre 2014 a marzo de 2015:

- i) Formato 1: número mensual de líneas en servicio “Tuenti”, desagregadas por región;
- ii) Formato 2: número mensual de altas “Tuenti” desagregadas por región;
- iii) Formato 3: número mensual de bajas “Tuenti”, desagregadas por región;
- iv) Formato 4: número total de combos adquiridos por usuarios “Tuenti”, desagregado por mes y monto o tipo de combo;
- v) Formato 5: número mensual de líneas portadas o migradas a “Tuenti”, por empresa de origen;
- vi) El detalle de los elementos que componen la plataforma de “Tuenti” y aquellos que comparte con la marca Movistar; así como las justificaciones técnicas, económicas, comerciales o de otra índole, que llevaron a crear una plataforma distinta;
- vii) El organigrama de TELEFÓNICA, en el que se incluya a “Tuenti” así como su estructura organizacional interna;
- viii) El acta de junta general de accionistas, directorio o comité, en la que se acuerde la creación y lanzamiento de “Tuenti”;
- ix) El plan de marketing de creación, lanzamiento y expansión de “Tuenti”;
- x) La información relacionada a “Tuenti” que haya sido puesta en conocimiento de los usuarios, a través de todos los medios de comunicación empleados para la difusión de dicho servicio;
- xi) Los convenios celebrados con los establecimientos a través de los cuales se ofrecen los chips “Tuenti” a los usuarios.

⁷ 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.

⁸ 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”.

⁹ 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.

- 2.17 Mediante escrito N° 2 presentado el 24 de abril de 2015, TELEFÓNICA absolvió parte del requerimiento de información que le fuera realizado a través del Oficio N° 043-STCCO/2015, solicitando un plazo adicional de cinco (05) días hábiles para completar el requerimiento de información¹⁰. Cabe indicar que TELEFÓNICA solicitó la confidencialidad de parte de la información proporcionada¹¹.
- 2.18 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.
- 2.19 Posteriormente, mediante escrito N° 3 recibido el 04 de mayo de 2015, TELEFÓNICA presentó la información restante que le fuera requerida en el Oficio N° 043-STCCO/2015, solicitando la confidencialidad de parte de la información proporcionada¹².
- 2.20 En atención al requerimiento formulado, 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.
- 2.21 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, respectivamente¹³.

¹⁰ Dicho plazo vencía el día 04 de mayo de 2015.

¹¹ TELEFÓNICA solicitó la confidencialidad de la siguiente información correspondiente al período de octubre de 2014 a marzo de 2015: i) Formato 1, que contiene el número mensual de líneas en servicio pertenecientes a “Tuenti”, desagregadas por región; ii) Formato 2, que contiene número mensual de altas pertenecientes a “Tuenti”, desagregadas por región; iii) Formato 4, que contiene el número total de combos adquiridos por los usuarios de “Tuenti”, desagregado por monto o tipo de combo con periodicidad mensual; y, iv) Formato 5, que contiene el número mensual de líneas portadas o migradas a “Tuenti”, desagregado por empresa de origen.

¹² TELEFÓNICA solicitó la confidencialidad de parte de la información requerida a través del Oficio N° 043-STCCO/2015, referida a lo siguiente: i) Numeral 6, que contiene el detalle de los elementos que componen la plataforma de “Tuenti” y aquellos que comparte con la marca Movistar; ii) Numeral 7, que contiene el organigrama de la empresa, en el que se incluye a “Tuenti”; iii) Numeral 9, que contiene el plan de marketing de creación, lanzamiento y expansión de “Tuenti” en el mercado, y; iv) Numeral 11, que contiene los convenios celebrados con los establecimientos a través de los cuales se ofrecen los chips “Tuenti” a los usuarios.

¹³ 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”.

- 2.22 Mediante escrito N° 4 de fecha 26 de mayo, TELEFÓNICA presentó argumentos adicionales a los expuestos en su escrito de descargos y efectuó comentarios sobre la información remitida a la STCCO a través de sus escritos N° 2 y N° 3 de fechas 24 de abril y 04 de mayo del 2015, respectivamente. Adicionalmente, 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.
- 2.23 En relación a dicha 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 a través de su escrito N° 4.
- 2.24 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 Telecomunicaciones¹⁴ (en adelante, Norma de Requerimientos de Información Periódica), para el cuarto trimestre del 2014 y primer trimestre de 2015.
- 2.25 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 información adicional sobre la operación de la marca “Tuenti”¹⁵, en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles.
- 2.26 En atención a lo solicitado por la STCCO, la GPRC remitió la carta C.019-GPRC/2015, de fecha 23 de julio 2015, en la cual adjunto un Disco Compacto con la información solicitada.
- 2.27 Respecto al requerimiento efectuado, mediante escrito N° 5 recibido el 30 de julio de 2015, TELEFONICA cumplió con presentar parte del requerimiento de información que le fuera realizado a través del Oficio N° 087-STCCO/2015¹⁶, solicitando tres (03) días hábiles para presentar la información faltante. Adicionalmente, manifestó su preocupación respecto a la pertinencia, razonabilidad

¹⁴ 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.

¹⁵ La STCCO solicitó la siguiente información para el período de abril a junio de 2015:

- i) Formato 1: número mensual de líneas en servicio “Tuenti”, desagregadas por región;
- ii) Formato 2: número mensual de altas “Tuenti” desagregadas por región;
- iii) Formato 3: número mensual de bajas “Tuenti”, desagregadas por región;
- iv) Formato 4: número total de combos adquiridos por los usuarios “Tuenti”, desagregado por mes y monto o tipo de combo;
- v) Formato 5: número mensual de líneas portadas o migradas a “Tuenti”, por empresa de origen;
- vi) Formato 6: número mensual de líneas prepago en servicio de TELEFÓNICA, excluyendo aquellas comercializadas bajo la marca “Tuenti”, a nivel nacional, para el período de octubre 2014 a junio 2015;
- vii) Detallar las justificaciones técnicas, económicas, comerciales o de otra índole que la llevaron a crear una plataforma distinta para operar con “Tuenti”, tal como fuera solicitado previamente;
- viii) Explicar el procedimiento implementado para permitir que los usuarios del servicio móvil prepago de TELEFÓNICA sean migrados a los servicios móviles prepago contratados a través de “Tuenti”, así como el procedimiento inverso.

¹⁶ La empresa presentó información referida al Formato 6 del Oficio N° 087-STCCO/2015, únicamente para el período de octubre de 2014 a marzo de 2015.

y proporcionalidad de los requerimientos de información efectuados, entre otros cuestionamientos a la labor de instrucción desarrollada por la STCCO.

- 2.28 Posteriormente, mediante escrito N° 6 presentado el 04 de agosto de 2015, TELEFÓNICA ajuntó parte de la información solicitada, referida a los Formatos 1, 2, 3, 4 y 5 para 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 en los anexos de su escrito¹⁷.
- 2.29 Con fecha 06 de agosto de 2015, la STCCO remitió el Oficio N° 093-STCCO/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 señalar cuál es la información que debe ser considerada correcta. El plazo otorgado vencía el 11 de agosto de 2015.
- 2.30 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.
- 2.31 Con fecha 11 de agosto de 2015, TELEFÓNICA presentó su escrito N° 7, mediante el cual expuso sus argumentos y cuestionamientos a los requerimientos de información efectuados por la STCCO durante la etapa de instrucción del procedimiento, además de solicitar el uso de la palabra.
- 2.32 Cabe indicar que mediante Oficio N° 097-STCCO/2015 del 13 de agosto de 2015, la STCCO tuvo por presentado el escrito N° 7 y, respecto a la solicitud de Informe Oral, se le comunicó a la denunciada que ésta sería analizada en su oportunidad, luego de culminada la etapa de instrucción del procedimiento, y de considerarse necesario, se le comunicaría el día y hora para la realización de dicha diligencia.
- 2.33 Mediante escrito N° 8 recibido el 17 de agosto de 2015, TELEFÓNICA señaló que sin perjuicio de lo manifestado en su escrito N° 7, cumplía con remitir la información faltante referida al Formato 6, que fuera requerida por la STCCO en su Oficio N° 093-STCCO/2015.

¹⁷ TELEFÓNICA solicitó la confidencialidad de la información presentada a través de los Formatos N° 3, 4 y 5 del Oficio N° 087-STCCO/2015.

- 2.34 Con fecha 02 de setiembre de 2015, la STCCO emitió el Informe Instructivo N° 010-STCCO/2015, en el cual concluyó que no se había 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; por lo que recomendó al CCO que declare infundada la denuncia presentada en su contra, al no haber incurrido en una conducta contraria al artículo 6° de la Ley de Represión de Competencia Desleal. El mencionado Informe Instructivo fue puesto en conocimiento del CCO a través del Oficio N° 107-STCCO/2015 del 07 de setiembre de 2015.
- 2.35 Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 008-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 07 de setiembre de 2015, este CCO tuvo por presentado y puso en conocimiento de las partes el Informe Instructivo emitido por la STCCO, otorgándoles el plazo de quince (15) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificada la resolución, para la presentación de sus comentarios y alegatos por escrito.
- 2.36 El 11 de setiembre de 2015, a través de los Oficios N° 109-STCCO/2015 y N° 108-STCCO/2015, la STCCO cumplió con notificar a IDOM y TELEFÓNICA, respectivamente, la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 008-2015-CCO/OSIPTEL, por lo que ambas partes tuvieron plazo hasta el 02 de octubre de 2015 para efectuar la presentación de sus respectivos comentarios al Informe Instructivo.
- 2.37 Mediante escrito N° 9 de fecha 02 de octubre de 2015, TELEFÓNICA presentó sus comentarios al Informe Instructivo emitido por la STCCO.
- 2.38 Por Oficio N° 114-STCCO/2015 remitido el 19 de octubre de 2015, la STCCO le solicitó a la Gerencia General del OSIPTEL, autorizar el acceso al Expediente de Confidencialidad N° 588-2015-GG-GPRC/IC, a fin de cotejar la información remitida por la empresa TELEFÓNICA durante la tramitación de la controversia, en lo referido al número mensual de líneas en servicio pertenecientes a la marca “Tuenti” para el período de octubre de 2014 a junio de 2015.
- 2.39 A la fecha, IDOM no ha presentado comentarios al Informe Instructivo emitido por la STCCO.

III. PETITORIO DE LA DENUNCIA – PRETENSIONES ADMITIDAS

- 3.1. 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 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”¹⁸, que implique una posible afectación al mercado de los OMV, por lo que no se cumplió con el requisito de verosimilitud del derecho.

IV.POSICIONES DE LAS PARTES Y DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA STCCO

Con relación a las posiciones de las partes, así como a las diligencias realizadas por la STCCO en el marco de la etapa de instrucción del presente procedimiento, este CCO se remite a lo señalado sobre el particular en el Informe Instructivo.

V. INFORME INSTRUCTIVO N° 010-STCCO/2015, TITULADO “CONTROVERSIA ENTRE EL INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO Y TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (EXP. 006-2014-CCO-ST/CD) INFORME INSTRUCTIVO”

En el Informe Instructivo, la STCCO realizó las siguientes conclusiones:

- (i) Bajo los términos expuestos en la Ley N° 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.
- (ii) De un análisis de las directrices que enmarcan el comportamiento de los operadores móviles – contenidas 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) El lanzamiento de la marca “Tuenti” constituye una conducta esperada en la industria de telecomunicaciones que responde a un proyecto de expansión en América Latina, el cual apunta a diseñar una estrategia de segmentación de

¹⁸ 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.

mercados para responder a las nuevas presiones competitivas que conllevan al crecimiento de los operadores con atenciones más personalizadas a los usuarios.

- (iv) Si bien la STCCO no cuenta con todos los elementos necesarios para realizar un análisis exhaustivo respecto a la regulación de los cargos de acceso e interconexión, se aprecia que TELEFÓNICA a través de su segunda marca “Tuenti”, podría generarse un ahorro en costos mayor al que podría tener un OMV, pues éste último se encuentra obligado a asumir contraprestaciones por el acceso e interconexión que involucran ciertos costos para poder participar en el mercado móvil. Sin embargo, ello no implica la comisión de una conducta ilícita pues dicho ahorro se deriva de su propia condición de OMR establecido, así como de la asimetría de información que estará presente al momento en que el regulador fije los cargos orientados a costos.
- (v) De los medios probatorios que obran en el expediente, se advierte que “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 Competencia Desleal.
- (vi) A futuro, podría existir un importante riesgo de daño al mercado producto de la concentración que podría generarse por el lanzamiento de la marca “Tuenti”, lo cual facilitaría la comisión de posibles prácticas anticompetitivas o desleales al potencialmente afectar la entrada y permanencia de los futuros OMV. Las proyecciones planteadas en el 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 se formulen 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.

Conforme a las conclusiones previamente expuestas, la STCCO consideró que no se había 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. En consecuencia, recomendó al CCO que declare infundada la denuncia presentada contra TELEFÓNICA, toda vez que la referida empresa no habría incurrido en una conducta contraria al artículo 6º de la Ley de Represión de Competencia Desleal, al no contravenir las exigencias de buena fe empresarial contenidas en las Ley N° 30083 y su Reglamento.

VI. ALEGATOS DE LAS PARTES AL INFORME INSTRUCTIVO

Conforme a lo establecido mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 008-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 07 de setiembre de 2015, las partes tenían el plazo de quince (15) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificada la

mencionada resolución, para la presentación de sus comentarios y alegatos al Informe Instructivo emitido por la STCCO.

De una revisión del expediente, se advierte que la mencionada resolución fue notificada a ambas partes el 11 de setiembre de 2015¹⁹.

Sin embargo, a la fecha, habiendo transcurrido el plazo otorgado por este CCO²⁰, únicamente la empresa TELEFÓNICA presentó sus comentarios y alegatos al Informe Instructivo emitido por la STCCO. Por su parte, la denunciante IDOM no presentó alegatos dentro del plazo establecido ni de manera posterior al vencimiento de dicho plazo.

7.1. POSICIÓN DE TELEFÓNICA

(i) Respecto a los actos de competencia desleal denunciados

- TELEFÓNICA se encuentra de acuerdo con la recomendación efectuada por la STCCO, de declarar infundada la denuncia presentada por IDOM sobre actos de competencia desleal en la modalidad de cláusula general. Sobre el particular, señaló que comparte el criterio desarrollado en el Informe Instructivo, respecto a que el lanzamiento de la marca “Tuenti” no constituye una conducta desleal contraria a la cláusula general, sino que por el contrario, refleja una reacción natural ante la presión competitiva.

(ii) Respecto a la conducta procedimental de TELEFÓNICA

- La STCCO determinó que TELEFÓNICA no habría reportado al OSIPTEL la información relacionada a “Tuenti”, sin embargo, contrariamente a lo indicado por el Órgano Instructor, la empresa viene reportando periódicamente las líneas “Tuenti” como un plan joven, de conformidad con lo dispuesto en la Norma de Requerimientos de Información Periódica.
- La STCCO señaló que TELEFÓNICA habría presentado información discordante referida al número de “Líneas prepago Tuenti” contenidas en el Formato 6 de sus escritos N° 5, 6 y 8; no obstante, contrariamente a lo indicado por dicho Órgano, su actuación no puede considerarse inadecuada, dado que desde un primer momento advirtió a través de su escrito N° 5, que la información presentada en el Formato 6 no debía considerarse como definitiva. Asimismo, la mencionada información fue actualizada de buena fe en sus escritos N° 6 y 8; no obstante, dicha información, así como la primera, no podía ser corroborada aún al no haber estado procesada íntegramente bajo los estándares que requiere la Norma de Requerimientos de Información Periódica.

¹⁹ Cabe indicar que IDOM y TELEFÓNICA fueron debidamente notificadas mediante Oficios N° 109-STCCO/2015 y N° 108-STCCO/2015, respectivamente.

²⁰ Es preciso señalar que IDOM y TELEFÓNICA tenían plazo hasta el 02 de octubre de 2015 para presentar sus alegatos y comentarios al Informe Instructivo emitido por la STCCO.

- Las solicitudes de información realizadas por la STCCO generan cargas y costos que la empresa no puede estar obligada a cumplir fuera del marco de sus obligaciones legales o en plazos menores a los dispuestos en la regulación; por tal motivo, TELEFÓNICA solicitó que se tenga por cumplido el requerimiento mencionado cuando presente la información periódica bajo los plazos previstos en la normativa sectorial.
- La Autoridad debe motivar adecuadamente la necesidad de que la información solicitada sea procesada y entregada antes del plazo legal previsto; no obstante, la STCCO no llegó a justificar de forma satisfactoria las razones por las cuales la información debía presentarse con anticipación a los plazos legalmente establecidos por las normas sectoriales. La solicitud de motivar la razonabilidad, proporcionalidad y vinculación directa entre la información requerida por la STCCO y la imputación efectuada en el procedimiento, se encuentra sustentada en el artículo 6° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, LPAG); la sentencia del Tribunal Constitucional recaída bajo expediente N° 00728-2008-PHC/TC; así como en el precedente de observancia obligatoria emitido por la SDC del INDECOPI, contenido en la Resolución N° 0328-2005/TDC-INDECOPI.

(iii) Sobre el supuesto riesgo futuro a la competencia

- La apreciación de la STCCO en relación a que el lanzamiento de “Tuenti” podría generar a futuro cierto daño al mercado se contradice con el análisis realizado por dicho Órgano a lo largo del procedimiento. Así, no resulta claro el criterio bajo el cual la STCCO ha concluido que la estrategia comercial adoptada por TELEFÓNICA, pese a ser lícita, puede dificultar ilegalmente el éxito de algún OMV que decida ingresar al mercado peruano en el futuro.
- El Informe Instructivo no contiene ninguna proyección que permita inferir que a futuro, la presencia de “Tuenti” pueda generar un riesgo a la libre y leal competencia, siendo que toda la información plasmada en los gráficos que evalúan el mercado nacional de telecomunicaciones reflejan datos históricos y no posibles escenarios futuros, por lo cual, resulta cuestionable determinar que existe un riesgo a la competencia sin hacer previamente un análisis económico que refleje ese posible escenario.

VII. CUESTIONES PREVIAS

7.1. Sobre la conducta procedimental de TELEFÓNICA

En el Informe Instructivo, la STCCO indicó que tomando en cuenta la importancia de los requerimientos de información formulados a TELEFÓNICA y atendiendo al contenido de las comunicaciones cursadas, era de la opinión que la empresa investigada no tuvo una correcta disposición a colaborar con la investigación de la conducta bajo análisis, básicamente por haber efectuado cuestionamientos carentes

de sustento a la labor de instrucción, así como por proporcionar información discordante a lo largo del procedimiento. En tal sentido, el Órgano Instructor indicó que TELEFÓNICA se habría comportado en contravención al Principio de Conducta Procedimental, contenido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG²¹, aspecto que podría ser evaluado con posterioridad, en caso producto de su análisis se llegara a determinar la necesidad de imponer una sanción a dicha empresa, de conformidad con lo establecido en el artículo 53° de la Ley de Represión de Competencia Desleal²².

Al respecto, cabe señalar que la empresa TELEFÓNICA argumenta que su actuación durante el procedimiento ha estado guiada por la buena fe y colaboración con la autoridad, en estricta observancia del Principio de Conducta Procedimental.

En tal sentido, la referida empresa ha cuestionado la recomendación de la STCCO en su Informe Instructivo, argumentando entre otros aspectos, que los requerimientos de información efectuados no se encontrarían debidamente motivados y que además, en ningún momento habría presentado información discordante a la STCCO.

En atención a ello, este CCO estima pertinente pronunciarse respecto de los cuestionamientos formulados por TELEFÓNICA, con el objeto de determinar si es que, efectivamente la empresa investigada no observó una adecuada conducta procedimental en la presente controversia que dificultaría la labor de investigación de la STCCO.

7.1.1 Sobre la supuesta falta de motivación de los requerimientos de información efectuados por la STCCO

En sus comentarios al Informe Instructivo, TELEFÓNICA argumentó que la STCCO no cumplió con motivar la razonabilidad, proporcionalidad y pertinencia de los requerimientos de información formulados durante la etapa

²¹ 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:

(...)

1.8 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. (...)

²² Ley de Represión de 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”.

de instrucción, razón por la cual, el Órgano Instructor habría incumplido lo dispuesto en el artículo 6° de la LPAG²³, apartándose así de pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional y la SDC del INDECOPI. Asimismo, la denunciada cuestionó, entre otros aspectos, el plazo en el que fue formulado el Oficio N° 087-STCCO/2015²⁴.

En relación a la falta de motivación de los requerimientos de información formulados por la STCCO, la empresa operadora indicó que dicha omisión por parte de la STCCO, le impidió ejercer adecuadamente su derecho de defensa, al no serle posible presentar “contrapruebas”, pues desconocía qué se buscaba acreditar. 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, siendo que 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.

Sobre el particular, es preciso señalar que el literal g) del artículo 15° del Reglamento de Solución de Controversias²⁵, 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.

Por su parte, el artículo 71° del referido cuerpo normativo²⁶, 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

²³ LPAG

“Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto. (...)”

²⁴ Sobre el particular, TELEFÓNICA cuestionó que el referido requerimiento de información fuera formulado después de ciento cincuenta (150) días de iniciado el período de investigación.

²⁵ 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”.

²⁶ 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”.

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 Controversias²⁷, entre las facultades que pueden ser ejercidas por la 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.

Cabe señalar que las facultades mencionadas en los párrafos precedentes deben ser ejercidas por la autoridad respetando el principio de razonabilidad, recogido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG²⁸, lo cual conlleva a que los requerimientos de información deban ser razonables y ajustados al fin público perseguido por el procedimiento administrativo tramitado.

Por tanto, en opinión de este CCO, el estándar de razonabilidad exigible al motivar un requerimiento de información en el marco de un procedimiento de solución de controversias, conlleva a que el órgano instructor deba expresar en sus requerimientos, las razones que lo justifican, la base normativa que le otorga las facultades de requerir información y las sanciones por la presentación de información falsa, inexacta o por el incumplimiento injustificado, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL (en adelante, RFIS).

Teniendo en cuenta las consideraciones previamente expuestas, corresponde que este CCO se pronuncie sobre la supuesta falta de motivación de los requerimientos de información formulados por la STCCO, así como de los otros cuestionamientos efectuados por la empresa TELEFÓNICA a lo largo del procedimiento.

De una revisión de los actuados en el expediente, se puede advertir que mediante Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de enero del 2015, el CCO dispuso el inicio formal del procedimiento administrativo

²⁷ **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”.

²⁸ **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:

(...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”.

sancionador contra TELEFÓNICA, expresando todos los elementos enunciados en el numeral 3) del artículo 234° de la LPAG²⁹ a efectos de permitir el ejercicio del derecho de defensa por parte de la empresa investigada, incluyendo entre otros aspectos: los hechos imputados; la calificación de las infracciones que tales hechos podrían constituir; la expresión de las sanciones que se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la denunciada tuvo pleno conocimiento de los alcances de la imputación formulada en su contra, motivo por el cual conocía perfectamente que la información solicitada en el marco del presente procedimiento, tenía 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 y su Reglamento.

Al respecto, se advierte que a través de los requerimientos de información, la STCCO tuvo como objetivo, 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. Es así que, de un análisis de la información solicitada en los requerimientos cuestionados, se aprecia que la STCCO buscaba 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 tanto, la información solicitada contenía datos acerca del número de líneas prepago “Tuenti”, altas, bajas, niveles de acogida de los planes ofrecidos a través 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, derivada de una conducta contraria a la buena fe empresarial por parte de TELEFÓNICA.

Sin perjuicio de lo expuesto, este CCO ha podido constatar que la STCCO ha cumplido con motivar adecuadamente cada uno de los Oficios remitidos

²⁹ LPAG

“Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia. (...).”

durante la etapa de instrucción del procedimiento³⁰, indicándole a la empresa investigada, 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 RFIS.

En tal sentido, respecto al argumento sobre la supuesta indefensión de TELEFÓNICA al no permitírsele ejercer su derecho de defensa debido a que no podría 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. Así, 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, ha tenido la oportunidad de presentar sus descargos y realizar toda la actividad probatoria que ha considerado conveniente, presentando su posición y comentarios respecto de la investigación y valoración de los medios probatorios desarrollada por la STCCO en su Informe Instructivo, siendo que posteriormente, tendrá la posibilidad de impugnar la resolución que emita este CCO, en caso no se encuentre acorde con sus intereses.

De otro lado, respecto al argumento referido a que la información solicitada por la STCCO no sería pertinente para determinar su responsabilidad en los hechos denunciados; debe señalarse que la valoración de los medios probatorios actuados en el procedimiento, constituye una actividad a cargo de la autoridad administrativa que tiene por objeto verificar y probar los hechos que se imputan o sirven de base a la resolución del procedimiento³¹. En tal sentido, la información requerida será utilizada para determinar la existencia de una infracción a la cláusula general prevista en la norma de represión de competencia desleal, siendo que el análisis de la vinculación entre los medios probatorios del expediente y la acreditación de la conducta imputada en el procedimiento será expresado a lo largo del presente pronunciamiento, toda vez que éste será emitido sobre la base de la certeza o convicción que la evaluación de tales medios probatorios haya generado en este CCO.

Adicionalmente, TELEFÓNICA expone en sus argumentos, que la STCCO estaría actuando en contravención a los criterios desarrollados por la

³⁰ La STCCO efectuó dos requerimientos de información a TELEFÓNICA a través de los Oficios N° 043-STCCO/2015 y N° 087-STCCO/2015.

³¹ **TUO del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS**
“Valoración de la prueba.-

Artículo 197.- *Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”.*

jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la SDC del INDECOPI³², pues en dichos pronunciamientos se habría manifestado que la autoridad tiene la obligación de motivar la razonabilidad de los requerimientos de información solicitados a los administrados en el marco de un procedimiento administrativo.

Sobre el particular, es preciso indicar que TELEFÓNICA cita la sentencia del Tribunal Constitucional recaída bajo Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, a través de la cual se declara fundada una demanda de hábeas corpus, entre otros motivos, por la vulneración al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales contemplado en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución³³, en vista que el Tribunal penal a cargo del proceso, no cumplió con motivar adecuadamente su pronunciamiento al observarse que las conclusiones que se extraían a partir de sus propias premisas eran arbitrarias y carecían de sustento lógico y jurídico, excediendo con ello los límites de la razonabilidad³⁴.

De otro lado, el pronunciamiento emitido por la SDC estableció un precedente de observancia obligatoria que obliga a los órganos resolutivos del INDECOPI a exponer de manera expresa las razones que justifican el requerimiento de información ante un cuestionamiento por parte de un administrado acerca del carácter razonable del mismo. En el caso resuelto por la SDC, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica de la CLC) no cumplió con motivar adecuadamente un requerimiento de información formulado a una empresa denunciada en el marco de la tramitación de un procedimiento por prácticas anticompetitivas, dado que omitió indicar la base normativa que le otorgaba la facultad de requerir información así como tampoco sustentó las razones que justificaban el requerimiento. Es de indicar que, la Secretaría Técnica de la CLC omitió efectuar dicha motivación, incluso ante un cuestionamiento expreso por parte de la empresa investigada en el procedimiento, siendo que inició un procedimiento sancionador en su contra por el incumplimiento en la entrega del requerimiento. En tal sentido, el procedimiento sancionador iniciado por la falta de entrega de la información, se basó en un acto administrativo carente de motivación (pues se inició un procedimiento sancionador pese a que la autoridad no absolvió el cuestionamiento del administrado), generándole así indefensión.

³² 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.

³³ **Constitución Política del Perú de 1993**
Principios de la Administración de Justicia
“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. (...).”

³⁴ Al respecto, revisar la sentencia del 13 de octubre de 2008, recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, asunto: Giuliana Flor de María Llamoya Hilares.

De lo previamente expuesto, se puede advertir que los pronunciamientos citados por la empresa investigada no guardan relación alguna con los hechos acontecidos en el presente procedimiento.

En principio, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional se dio en un contexto en el cual el juez penal no cumplió con motivar el procedimiento de prueba indiciaria empleado en un pronunciamiento final que derivó en una sentencia condenatoria; mientras que en el presente caso, cuando se efectuó el requerimiento de la STCCO, aún no nos encontrábamos en la etapa de emisión de un pronunciamiento final en la cual se obligue a la autoridad a sustentar de forma suficiente, una decisión que pueda afectar de manera negativa la esfera o situación jurídica de un administrado³⁵.

De otro lado, a diferencia del contexto particular en el cual se desarrollaron los hechos evaluados por la SDC; 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. Asimismo, en el presente caso, la empresa denunciada no se ha encontrado en ninguna situación de indefensión a lo largo del presente procedimiento, toda vez que ha tenido pleno conocimiento del contenido y alcance de la imputación formulada en su contra y por tanto, de la presunta afectación al mercado móvil que pretende acreditarse con los medios probatorios solicitados.

Asimismo, otro aspecto que deberá tomarse en cuenta es el hecho que TELEFÓNICA cuestionó la falta de motivación de los requerimientos formulados por la STCCO, pese a que tenía conocimiento previo de la justificación y necesidad de los mismos para la emisión del Informe Instructivo; incluso, dichos cuestionamientos fueron realizados casi al final de la etapa de instrucción cuando la propia empresa investigada había cumplido con proporcionar gran parte de la información solicitada sin efectuar ningún tipo de comentario previo.

Finalmente, respecto al cuestionamiento referido 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, cabe indicar 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 dicho Órgano recabar todos los medios de prueba necesarios a efectos de acreditar la conducta imputada. No obstante ello, incluso luego de transcurrida la etapa de instrucción, la STCCO se encuentra facultada para tramitar la presente controversia, prestando el apoyo técnico que este CCO requiera para la resolución del presente procedimiento, por lo

³⁵ Al respecto, revisar la sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de julio de 2007, recaída bajo Expediente N° 05601-2006-PA/TC, en la cual se precisó que: *"El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional"*.

que contrariamente a lo expresado por TELEFÓNICA, no existe ninguna suerte de plazo preclusorio para el ejercicio de sus facultades³⁶.

En tal sentido, este CCO coincide con lo expuesto por la STCCO en su Informe Instructivo, en lo referido a que TELEFÓNICA no habría desarrollado sus actuaciones procedimentales bajo los parámetros de colaboración y buena fe que orientan el Principio de Conducta Procedimental contenido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, al presentar argumentos carentes de sustento con el objeto de entorpecer las labores de instrucción desarrolladas por la STCCO.

7.1.2 Sobre la información discordante presentada durante la tramitación del procedimiento

En su Informe Instructivo, la STCCO puso en conocimiento de este CCO algunas conductas desarrolladas por la denunciada a lo largo de la etapa de instrucción del presente procedimiento, a fin que sean evaluadas en su oportunidad al momento de la emisión del pronunciamiento final de primera instancia.

En particular, la STCCO señaló que la actuación de TELEFÓNICA durante la tramitación del procedimiento habría ocasionado un entorpecimiento de sus labores, pues la referida empresa habría proporcionado la siguiente información discordante:

- i) La empresa denunciada presentó información discordante referida al número de “Líneas prepago Tuenti” contenidas en el Formato 6 de sus escritos 5 y 6 (que fuesen remitidos en respuesta del Oficio N° 087-STCCO/2015 del 20 de julio de 2015) pues, al realizar una comparación entre lo reportado en su escrito N° 5 respecto del Escrito N° 6 para el período de abril a junio de 2015, las cifras no coincidían.
- ii) TELEFÓNICA habría proporcionado información inexacta a la STCCO, pues habría afirmado que los servicios móviles prestados a través de su marca “Tuenti” serían planes tarifarios del servicio móvil prepago, pese a que en los hechos, la empresa no les brindaría el tratamiento de planes tarifarios al no haberlos reportados de dicho modo al OSIPTEL en cumplimiento de la Norma de Requerimientos de Información Periódica del OSIPTEL.

En relación a la primera conducta previamente detallada, la empresa indicó que su actuación no puede considerarse inadecuada, dado que desde un primer momento advirtió que la información presentada en el Formato 6 no

³⁶ **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:

(...)

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

debía considerarse como información definitiva. Al respecto, señaló que en el Anexo 5-A de su escrito N° 5 de fecha 30 de julio, presentó información sobre el Formato 6 para el periodo de octubre de 2014 a marzo de 2015, indicando expresamente que no contaba con información oficial del total de líneas prepago correspondientes a los meses de abril a junio de 2015. Adicionalmente, indicó que la mencionada información fue actualizada de buena fe por TELEFONICA en sus escritos N° 6 y 8, intentando cumplir en la medida de sus posibilidades con los formatos y estándares que fueron requeridos por la STCCO; no obstante, dicha información, así como la primera, no podía ser corroborada aún al no haber estado procesada íntegramente bajo los estándares que requiere la Norma de Requerimientos de Información Periódica.

De otro lado, en relación a la segunda conducta referida por la STCCO, TELEFÓNICA indicó que viene reportando periódicamente las líneas “Tuenti” como un plan joven, de conformidad con lo dispuesto en la Norma de Requerimientos de Información Periódica.

Teniendo en cuenta lo previamente expuesto, corresponde a este CCO evaluar los argumentos presentados por la empresa denunciada respecto de su conducta procedimental durante la tramitación de la presente controversia.

En relación a la primera conducta consistente en la presentación de información discordante referida al número de “Líneas prepago Tuenti” contenidas en el Formato 6 de sus escritos N° 5 y 6; cabe indicar que, efectivamente, este CCO advierte que las cifras remitidas en ambos escritos no coinciden para el período de abril a junio de 2015.

En efecto, de lo actuado en el expediente, se advierte que mediante Oficio N° 087-STCCO/2015 remitido el 20 de julio de 2015, la STCCO le requirió a TELEFÓNICA la presentación del Formato 6, que contenía el número mensual de líneas prepago en servicio de TELEFÓNICA, excluyendo aquellas comercializadas bajo la marca “Tuenti”, a nivel nacional, para el período de octubre de 2014 a junio de 2015. Dicho requerimiento fue realizado a efectos de corroborar que las líneas comercializadas bajo los planes prepago “Tuenti”, se encontrasen comprendidas en el número total de líneas móviles prepago reportadas al OSIPTEL en cumplimiento de la Norma de Requerimientos de Información Periódica, pues aparentemente, las líneas prepago “Tuenti” no habrían sido reportadas al OSIPTEL en el marco de dicha norma.

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

Asimismo, la empresa indicó que, a la fecha, no contaba con información oficial del total de líneas prepago de TELEFÓNICA correspondientes al segundo trimestre de este año, por lo que presentó información correspondiente al número de líneas prepago para el periodo octubre de 2014 hasta marzo de 2015.

Sobre el particular, se puede observar que contrariamente a lo manifestado por la empresa investigada, lo que realmente indicó TELEFÓNICA en su escrito N° 5 fue que no contaba con información oficial respecto de las líneas móviles prepago de TELEFÓNICA para el período de abril a junio de 2015, motivo por el cual no presentó información para dicho período. Sin embargo, la discordancia detectada en esta oportunidad, se centró en las líneas prepago “Tuenti”, que constituye otra sección del Formato 6, la cual fue presentada de manera completa para todo el período solicitado y respecto de la cual no hizo ningún tipo de precisión. Al respecto, cabe señalar que el Formato 6 contenía información separada (en filas separadas) de las líneas prepago móvil (totales) y de las líneas “Tuenti”.

Por el contrario, 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.

Por tanto, este CCO coincide con lo expuesto por la STCCO en su Informe Instructivo respecto a la presentación de información discordante en sus escritos N° 5 y 6, siendo el caso que TELEFÓNICA pretende justificar su conducta sobre la base de una supuesta precisión efectuada sobre las líneas móviles prepago, pese a que la discordancia detectada se encontró referida a otra sección del Formato 6 que contenía las líneas “Tuenti” y que fue presentada de manera completa.

Ahora bien, pese a los cuestionamientos y objeciones por parte de TELEFÓNICA para presentar el Formato 6, mediante escrito N° 8 la referida empresa operadora, adjuntó la información faltante, 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, TELEFÓNICA debe tener en cuenta la relevancia de la información que se le requiere y la carga que asume al ser parte imputada en un procedimiento de solución de controversias, siendo que, de ser necesario, se encuentra obligada a generar la información que se le requiera, dentro de los márgenes del principio de razonabilidad, salvo que medie un motivo justificado que de manera excepcional, le impida la elaboración de dicha información.

Asimismo, dado que TELEFÓNICA es una empresa especializada en el sector de telecomunicaciones que, desde décadas atrás, ha intervenido activamente en los procedimientos de solución de controversias tramitados ante el OSIPTEL; tiene perfecto conocimiento que un cuestionamiento como el previamente expuesto, no la exime de cumplir con la obligación de proporcionar información exacta, veraz y pertinente dentro de los plazos previstos por la STCCO, ello con independencia de la existencia de otro tipo de cargas regulatorias que deba asumir para cumplir con sus obligaciones legales como concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones (por ejemplo, los reportes periódicos al OSIPTEL en función a la Norma de Requerimientos de Información Periódica).

En relación a este aspecto, este CCO le recuerda a TELEFÓNICA que si bien la Norma de Requerimientos de Información Periódica establecía un plazo mucho mayor para la presentación de la información correspondiente al segundo trimestre del presente año (vencía casi dos meses después de finalizado el trimestre); ello se debe a que las empresas operadoras del sector, 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, sumamente específico, tal como se desprende de una simple revisión de los Anexos de dicha norma.

Por tanto, en atención a las consideraciones previamente expuestas, no corresponde atender un cuestionamiento como el expresado por TELEFÓNICA, dado que no resulta amparable que un administrado se exima de su obligación de facilitar la información que se le requiera en un procedimiento administrativo destinado a determinar su responsabilidad en la comisión de una infracción, sobre la base de que ello le pueda generar asumir ciertas cargas adicionales.

De otro lado, en relación a que la empresa habría proporcionado información inexacta al afirmar que los servicios móviles prestados a través de su marca “Tuenti” serían planes tarifarios del servicio móvil prepago, pese a que en los hechos no les brindaría el tratamiento de planes tarifarios al no haberlos reportarlos al OSIPTEL en cumplimiento de la Norma de Requerimientos de Información Periódica del OSIPTEL; este CCO estima conveniente efectuar algunas precisiones.

De lo actuado en el expediente, puede advertirse que 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 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 “Tuenti”.

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 la 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 aparentemente no habría reportado los planes tarifarios prepago comercializados bajo la marca “Tuenti”, pese a que el Anexo II de la 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; el Órgano Instructor no estaba convencido 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, en el listado de planes móviles remitidos por GPRC, no figuraba ninguno que pudiese ser identificado con la marca “Tuenti”.

No obstante, dado que en sus comentarios al Informe Instructivo, TELEFÓNICA argumentó que habría remitido el número de líneas “Tuenti” al OSIPTEL en cumplimiento de la normativa sectorial; la STCCO a través del Oficio N° 114-STCCO/2015, solicitó a la Gerencia General del OSIPTEL autorizar el acceso al Expediente de Confidencialidad N° 588-2015-GG-GPRC/IC, a fin de verificar la exactitud de las afirmaciones expuestas por la empresa TELEFÓNICA y cotejar la información remitida durante la tramitación

de la controversia, en lo referido al número mensual de líneas en servicio pertenecientes a la marca “Tuenti” para el período de octubre de 2014 a junio de 2015.

De la revisión de dicho Expediente, puede advertirse que la empresa TELEFÓNICA reportó al OSIPTEL el número de líneas en servicio “Tuenti”, de forma trimestral para el período de octubre de 2014 a junio de 2015, en atención al Anexo II de la Norma de requerimientos de información periódica. No obstante, la empresa reportó los planes “Tuenti” bajo la denominación de “plan joven”, lo cual ocasionó que incluso la GPRC a través del Informe N° 276-GPRC/2015, le solicitase subsanar las inconsistencias y observaciones detectadas en sus reportes periódicos.

Sin perjuicio de lo expuesto, de la revisión del referido Expediente, este CCO ha detectado que la información del número de líneas “Tuenti” contenida en el Formato 6 de sus escritos N° 5 y N° 6, no coinciden con la información enviada al OSIPTEL en cumplimiento de la Norma de Requerimientos de Información Periódica para el período de octubre de 2014 a junio de 2015.

CONFIDENCIAL

Mediante Resolución de Gerencia General N° 686-2015-GG/OSIPTEL de fecha
18 de setiembre del 2015.

Elaboración: STCCO- OSIPTEL

En relación a los hechos previamente expuestos, para este Colegiado, la entrega de información inexacta como parte de la actuación procesal de la empresa investigada constituye no solo un criterio a tener en cuenta en la determinación de la sanción, sino que por sí mismo violenta el cumplimiento de la normativa emitida para cautelar la correcta provisión de información.

En efecto, debe señalarse que 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 RFIS³⁷ califica como infracción grave la remisión de información inexacta.

En esta misma línea, el artículo 29° del Reglamento de Solución de Controversias, establece que la información presentada ante la STCCO en el

³⁷ RFIS

“Artículo 9°.- Entrega de información inexacta

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

marco de una controversia tiene el carácter de declaración jurada³⁸, 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 administrativos³⁹. 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 administrativo⁴⁰.

Al respecto, es preciso señalar que el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL ha determinado – precisamente en un procedimiento sancionador iniciado contra TELEFÓNICA⁴¹- 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.

En atención a lo previamente expuesto, de conformidad con el artículo 89° del Reglamento de Solución de Controversias⁴², en el supuesto de que existan

³⁸ **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.”

³⁹ **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.”

⁴⁰ **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.”

⁴¹ 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.

⁴² **Reglamento de Solución de Controversias**

Procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones cometidas dentro del procedimiento

“Artículo 89.- Procedimiento. El presente procedimiento rige para efectos de la investigación de infracciones cometidas con ocasión de la tramitación de los procedimientos a que se refieren los capítulos anteriores, y que sean distintas de aquellas cuya existencia o calificación deba ser pronunciada en la Resolución Final.

Previamente a la imposición de una sanción, la Secretaría Técnica comunicará al presunto infractor la intención de imponerle la sanción, indicándole: (i) los actos u omisiones constitutivos de la infracción; (ii) la o las normas que prevén los mismos

elementos de juicio de posibles infracciones cometidas con ocasión de la tramitación de los procedimientos a los que se refiere dicho reglamento y que sean distintas de aquéllas cuya existencia o calificación deba ser pronunciada en la resolución final, la Secretaría Técnica debe realizar las indagaciones necesarias a efectos de determinar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador.

En atención a las consideraciones expuestas, corresponde a este CCO disponer que la Secretaría Técnica realice las indagaciones necesarias a efectos de determinar si es que efectivamente concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA por supuestas infracciones al artículo 9° del RFIS y que, de ser el caso, se proceda con el trámite para dar inicio formal al procedimiento sancionador.

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

Mediante Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL se imputó a TELEFÓNICA una presunta infracción al artículo 6° de la Ley de Represión de 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, 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 frente a los futuros OMV, obstruyendo con ello, 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 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 lo argumentado por 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 manifestó 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 Competencia Desleal pues, el sustento de la denuncia presentada por IDOM, estaría referido a que TELEFÓNICA 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° 30083⁴³. Sin

como infracciones administrativas; y (iii) el plazo durante el cual podrá presentar sus descargos por escrito, no pudiendo ser este plazo inferior a cinco (5) días contados a partir del día siguiente a aquél en que se realice la notificación (...)

⁴³ 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:

(...)

embargo, la denunciada señaló que la STCCO no había imputado cargos a TELEFÓNICA sobre la base del referido tipo, pues según lo señalado por la propia IDOM, de ser éste el caso, la denuncia debería ser declarada improcedente. En tal sentido, en la medida que existe un tipo específico bajo el cual debe ser evaluada la presunta conducta denunciada, ésta no podría encajar en el supuesto de cláusula general.

Sobre el particular, es preciso señalar que el numeral 1) del artículo 10° de la LPAG⁴⁴ establece que uno de los vicios del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, es la contravención a la ley, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto establecidos en el artículo 14° de dicha norma.

Asimismo, el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG⁴⁵, establece que los administrados gozan de todas las garantías y derechos derivados del debido procedimiento, entre los cuales se encuentran los principios de legalidad y tipicidad.

Ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG⁴⁶, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, 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*

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

⁴⁴ 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 expresos 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.”

⁴⁵ 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:
(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

⁴⁶ 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”

esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que la aplicación del referido principio a los procedimientos sancionadores *“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”*; asimismo, *“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).”*⁴⁷

De otro lado, en relación al principio de tipicidad, el numeral 4) del artículo 230º de la LPAG⁴⁸ establece 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 puede entender la tipicidad como la descripción detallada, expresa y precisa de una conducta infractora en la norma legal y la indicación de la sanción específica que amerita dicha infracción.

En tal sentido, 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.”*⁴⁹

En línea con estas garantías, el numeral 3) del artículo 75º de la LPAG⁵⁰, prescribe que la autoridad en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, se encuentra obligada a encausar de oficio el procedimiento dándole el trámite adecuado cuando advierta que la disposición invocada por el administrado petitionerante no resultara aplicable, efectuando así, una correcta calificación jurídica del supuesto normativo específicamente infringido.

⁴⁷ Al respecto, ver sentencia del 24 de agosto de 2010, recaída en el Expediente N° 00197-2010-PA/TC, asunto: Javier Pedro Flores Arocutipa.

⁴⁸ LPAG

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

4. Tipicidad.- *Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”.*

⁴⁹ Al respecto, ver sentencia del 16 de abril de 2002m recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, asunto: Carlos Israel Ramos Colque.

⁵⁰ LPAG

“Artículo 75.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

(...)

3. Encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos. (...)

Sin perjuicio de lo previamente expuesto, es preciso señalar que el principio de tipicidad tiene características especiales cuando se aplica al derecho administrativo sancionador, 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*"⁵¹.

Es así que, en materia de represión de conductas desleales en el mercado, el artículo 6° de la Ley de Represión de competencia desleal recoge una tipificación general de todas las conductas desleales y constituye la tipificación expresa exigida por el numeral 4) del artículo 230° de la LPAG, esto es, contiene una prohibición y mandato de sanción de todos los actos de competencia desleal, siendo que el Capítulo II de la referida norma, 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 6° de la citada norma, ya que su finalidad es brindar orientación a los administrados a efectos que puedan estar en posibilidad de discutirlos en el procedimiento⁵².

En tal sentido, la cláusula general contenida en el artículo 6° de la Ley de Represión de 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 las normas de corrección que normalmente debe regir las actividades económicas en el mercado.

Por tanto, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal, la lista enunciativa de actos de competencia desleal, permite de manera complementaria, tener una mayor claridad sobre las conductas más frecuentes o de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal; no obstante, en la dinámica competitiva, los agentes económicos pueden recurrir a nuevas y diversas formas de actuación que afecten el orden público económico, las cuales, al no estar recogidas en alguno de los supuestos del catálogo enunciativo, encuentran su cobertura bajo la aplicación de la cláusula general.

En este sentido, normalmente los actos de competencia desleal suelen sancionarse bajo una tipificación combinada que recurre al uso de los supuestos comunes enunciados en el Capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; no obstante, cuando no existe un supuesto dentro de la lista enunciativa, la cláusula general se aplica de manera autónoma y cumple un papel residual que

⁵¹ 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*".

⁵² Precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual N° 455-2004-TDC-INDECOPI del 10 de setiembre de 2004, recaída en el Exp. 032-2002-CCD, en el procedimiento seguido por el Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra el Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L., y otros.

permite la incorporación de cualquier otra conducta que revista las características de un acto de competencia desleal y que no se encuentre en el listado enunciativo⁵³.

El criterio previamente expuesto ha sido desarrollado en diversa jurisprudencia emitida por la SDC del INDECOPI, en la cual se ha manifestado 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)⁵⁴.

Sin perjuicio de lo previamente expuesto, al momento de admitir a trámite la denuncia o de iniciar un procedimiento sancionador, el Órgano Instructor debe poner en conocimiento de la empresa investigada, las imputaciones exactas que se hacen en su contra a fin que pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa, esto es, la STCCO deberá poner en conocimiento de la empresa investigada los hechos objeto 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.

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, en aplicación del principio de tipicidad y el deber de encausamiento de oficio que rige la actividad de la autoridad administrativa.

Consecuentemente, ello nos lleva a considerar que, en caso que de los hechos se observe que un administrado que concurre en un determinado mercado vulnera la

⁵³ Al respecto, también se puede revisar las siguientes Resoluciones de la SDC del INDECOPI: i) N° 0858-2013/SDC-INDECOPI de fecha 24 de mayo de 2015, recaída bajo el Expediente N° 036-2011/CCD, en el procedimiento seguido entre Industrias Willy Busch S.A. contra Filtros Lys S.A., y; ii) Resolución N° 0857-2013/SDC-INDECOPI de fecha 24 de mayo de 2013, recaída bajo el Expediente N° 069-2010/CCD, en el procedimiento seguido entre Filtros Lys S.A. contra Industrias Willy Busch S.A.

⁵⁴ A manera de ejemplo, se pueden revisar las siguientes Resoluciones de la SDC del INDECOPI: i) Resolución N° 3156-2012/SDC-INDECOPI del 19 de noviembre de 2012, recaída bajo el Expediente N° 121-2011/CCD, en el procedimiento seguido entre Cemex Perú S.A. contra Justino Atencio Gutiérrez, y; ii) Resolución N° 2976-2012/SC1-INDECOPI de fecha 25 de octubre de 2012, recaída bajo el Expediente N° 215-2011/CCD, en el procedimientos seguido entre Bembos S.A.C. contra Compañía Nacional de Chocolates S.A.

buena fe empresarial que rige en éste, sin que la conducta encaje en algún supuesto tipificado expresamente en la Ley de Represión de 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 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.

Por tanto, 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 una presunta infracción a la cláusula general, con el objeto de salvaguardar el bien jurídico tutelado por la referida norma.

Ciertamente, tal como se advierte de las consideraciones expuestas, 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.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo antes señalado, corresponde analizar la alegación de nulidad formulada por la empresa TELEFÓNICA.

En principio, respecto al supuesto de violación de normas, el artículo 14º de la Ley de Represión de Competencia Desleal, señala lo siguiente:

LEY DE REPRESIÓN DE 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 numeral 2) del artículo 4° de la Ley N° 30083⁵⁵. 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.

Al respecto, contrariamente a lo alegado por TELEFÓNICA, este CCO es de la opinión que la STCCO efectuó una adecuada imputación de cargos en contra de la empresa, ya que, los hechos denunciados no encajan en el supuesto de violación de normas; siendo que, la presunta infracción denunciada, no cuenta con una calificación típica suficiente que la haga subsumirse en algún supuesto contenido en el Capítulo II de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

Conforme se señaló en el apartado previo, la presente controversia discurre sobre una presunta infracción al artículo 6° de la Ley de Represión de 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 N° 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 versó sobre una contravención a un artículo específico de la Ley N° 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 acorde con los parámetros de la buena fe empresarial. La referida imputación, por tanto, no constituye una calificación típica suficiente de algún supuesto infractor contenido en el Capítulo II de la Ley de Represión de 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 norma, siendo que además, de los términos de la denuncia presentada por IDOM, este CCO pudo advertir la existencia de indicios de una contravención a la buena fe empresarial en el mercado de servicios públicos móviles, por lo cual se decidió iniciar el presente procedimiento bajo una presunta infracción a la cláusula general.

Por tanto, se advierte que en el presente caso, la STCCO identificó indicios suficientes que conllevaron a imputar a TELEFÓNICA una presunta vulneración

⁵⁵ 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. (...)”

a la buena fe empresarial, sin que dicha conducta pudiera encajar en algún supuesto expresamente tipificado en la norma; pues, dado que la presunta conducta denunciada podría significar un posible daño potencial al mercado, el CCO se encontraba obligado a analizar los hechos presuntamente infractores bajo la cláusula general, con el objeto de proteger el bien jurídico tutelado por la referida norma.

En tal sentido, no se observa vulneración alguna al principio de legalidad ni sub principio de tipicidad que rigen el debido procedimiento administrativo, toda vez que el CCO 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.

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

Durante la etapa de instrucción del procedimiento, TELEFÓNICA cuestionó la competencia de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL para conocer la materia de fondo del presente caso, indicando que el CCO debía limitar su accionar o, en su defecto, inhibirse de emitir un pronunciamiento respecto de la operación de TELEFÓNICA en el mercado a través de su marca “Tuenti”. De acuerdo a lo indicado por la referida empresa, OSIPTEL habría manifestado su consentimiento expreso -incluso de manera pública- para que TELEFÓNICA pueda operar en el mercado prestando servicios móviles a través de su marca “Tuenti”, por lo cual quedaría evidenciado que su actuación en el mercado sería una conducta lícita y autorizada por el propio regulador.

Así, en su escrito de descargos, la denunciada manifestó que OSIPTEL se había pronunciado públicamente señalando que “Tuenti” no constituye una OMV⁵⁶, 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”*. Asimismo, a través de sus escritos N° 03 y 04, la denunciada argumentó que habría sostenido una reunión con altos funcionarios del OSIPTEL, en la cual habría expuesto, - de manera previa al lanzamiento de su marca “Tuenti” - tres (03) presentaciones en Power Point que contenían información referida a la creación, lanzamiento y expansión de la marca “Tuenti” en el Perú, sin que ningún funcionario del OSIPTEL hubiera efectuado algún tipo de cuestionamiento a su operación con la referida marca.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo antes señalado, corresponde a este CCO analizar el cuestionamiento formulado por la empresa TELEFÓNICA, referido a una supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias

⁵⁶ 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).

del OSIPTEL para emitir un pronunciamiento en relación a los aspectos planteados en la denuncia presentada por IDOM.

Sobre el particular, es preciso indicar que con fecha 13 de noviembre de 2014, IDOM interpuso una denuncia contra TELEFÓNICA por una presunta vulneración a la cláusula general contenida en el artículo 6° de la Ley de Represión de Competencia Desleal, alegando que la referida empresa operadora a través de la creación de su marca “Tuenti” estaría operando bajo los estándares de una OMV, vaciando de contenido a la Ley N° 30083 y atentando contra el proceso competitivo al obtener una ventaja injustificada por ser el “*first player*” en el mercado de servicios móviles.

En vista que de los términos de la denuncia, no resultaba posible emitir una opinión sobre su admisión, este CCO mediante Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL, en atención al principio de verdad material⁵⁷, dispuso la realización de una etapa de actuaciones previas, en uso de las facultades conferidas por los artículos 44° y 69° del Reglamento de Solución de Controversias⁵⁸.

Luego de culminada la fase de actuaciones previas, a través de la Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de enero de 2015, este 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 la referida empresa, 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. De acuerdo a los términos expuestos en la referida resolución, el análisis de la conducta imputada, debería tender a demostrar que la empresa habría vulnerado el deber general de conducta que representa el desenvolverse conforme

⁵⁷ 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. (...)”

⁵⁸ 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”.

a la eficiencia económica y a las normas de corrección que deben orientar la pugna competitiva en el mercado móvil, obteniendo con ello, una ventaja competitiva ilícita⁵⁹ en perjuicio de sus futuros competidores, a través de la realización de mecanismos que distorsionen u obstruyan el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

De lo previamente expuesto, se advierte que el contenido de la imputación formulada contra TELEFÓNICA en el presente procedimiento, no se agota en determinar la naturaleza jurídica de la marca “Tuenti” o en evaluar si su operación a través de la referida 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 evaluados a la luz de los parámetros de la buena fe objetiva, contemplados en el artículo 6° de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

Adicionalmente, la opinión emitida por el OSIPTEL a la prensa, 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 y no un pronunciamiento sobre si su concurrencia en el mercado resultaba contraria a la buena fe objetiva o si implicaba una afectación al mercado móvil. Ello no es jurídicamente posible, en tanto la protección al proceso competitivo a través de la Ley de Represión de Competencia Desleal es una materia de competencia exclusiva de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, de conformidad con lo establecido en los artículos 51° y 53° del Reglamento General del OSIPTEL⁶⁰.

Al respecto, debemos recordar que la competencia desleal se presenta en aquellos casos en que, reconociéndose el derecho de los sujetos a realizar determinada actividad económica, uno de los competidores infringe los deberes mínimos de corrección que rigen las actividades económicas con el fin de atraer consumidores en perjuicio de los demás.

Es así que, contrariamente a lo alegado por TELEFÓNICA, este CCO considera que el hecho que OSIPTEL haya constatado la realización de una actividad económica en el mercado (su operación a través de “Tuenti”); no puede entenderse como un supuesto en el que haya operado una convalidación tácita que haya

⁵⁹ 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.

⁶⁰ **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 INDECOP, 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”.

librado dicha conducta de la aplicación de las normas de competencia. Por el contrario, se entiende que OSIPTEL permitió que TELEFÓNICA prestase servicios móviles 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, las infracciones derivadas de su concurrencia en el mercado, serán pasibles de ser analizadas de manera ex post por las instancias de solución de controversias, en aplicación de las normas de libre y leal competencia.

En virtud de lo previamente expuesto, no corresponde acoger el cuestionamiento al ejercicio de la facultad de solución de controversias del CCO, toda vez que OSIPTEL únicamente ha constatado la realización de una actividad económica en el mercado, sin evaluar la licitud de los medios empleados en la competencia en el mercado móvil o la afectación que pueda generarse al proceso competitivo, pues precisamente la protección de dicho bien jurídico, se encuentra encomendada de forma exclusiva a los Cuerpos Colegiados y al Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL a través del mecanismo de solución de controversias entre empresas.

VIII. MARCO LEGAL APLICABLE

8.1. Los actos de competencia desleal contrarios a la 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.

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”*⁶¹ a través de *“actos que atentan contra la buena fe objetiva y el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo las reglas de la eficiencia”*⁶².

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 consumidores⁶³.

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 competitivo⁶⁴.

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 mercado⁶⁵.

⁶¹ 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.

⁶² *Ibíd.* Pg. 289

⁶³ Algunas de las mejoras en las condiciones de la oferta, pueden ser ofrecer una mejor calidad de productos y servicios, precios competitivos, entre otras.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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*

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 Telecomunicaciones⁶⁶ 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 controversias⁶⁷ 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, este CCO 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, el CCO deberá evaluar si la conducta contraria a la buena fe empresarial desarrollada por una empresa con las características antes descritas, derivaría en la obtención de beneficios directos o indirectos, para brindar un servicio en

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”.

⁶⁶ Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados por la Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTEL. Página 7.

⁶⁷ Al respecto, revisar las siguientes Resoluciones del Cuerpo Colegiado del OSIPTEL: i) Resolución N° 006-2008-CCO/OSIPTEL de fecha 26 de noviembre de 2008, recaída en el expediente N° 002-20014-CCO-ST/CD, en el procedimiento iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A.; y, ii) Resolución N° 014-2011-CCO/OSIPTEL de fecha 16 de agosto de 2011, recaída en el expediente N° 001-2011-CCO-ST/CD-LC, en la controversia entre Cable TV Maxuy S.A.C. y Televisión del Valle S.A.C.

condiciones más favorables frente a los demás operadores en el mercado, en perjuicio del adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

De otro lado, cabe mencionar que, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁶⁸, 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 OSIPTEL⁶⁹, 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 tecnológica⁷⁰; ello, no debe implicar una falta

⁶⁸ Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044., p. 13.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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.

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 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 Desleal⁷¹ 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 el CCO 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 TELEFÓNICA 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 el CCO 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.

⁷¹ **Ley de Represión de 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.”*

8.2. Marco regulatorio de los OMV en el mercado peruano

La Ley N° 30083⁷² - Ley que establece medidas para fortalecer la competencia en el mercado de los Servicios Públicos Móviles⁷³ (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 provisión⁷⁴.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 004-2015-MTC⁷⁵ 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 mercado de telefonía móvil, siendo así el ingreso de los OMV es una manera de fomentar la competencia y el adecuado uso del recurso⁷⁶.

En esa línea, de acuerdo a lo señalado en la exposición de motivos del referido Reglamento, el ingreso de los OMV trae consigo beneficios para el mercado, los OMR y los usuarios⁷⁷. 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

⁷² Publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 22 de septiembre de 2013.

⁷³ 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.

⁷⁴ 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).

⁷⁵ Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 04 de agosto de 2015.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Revisar lo desarrollado en la exposición de motivos del Reglamento de la Ley N° 30083. Pág. 18-19.

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 escala⁷⁸.

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.

i) Sobre la regulación de los OMR.-

De conformidad con el Glosario consignado en la Ley N° 30083, los OMR son aquellos concesionarios con título habilitante para prestar servicios públicos móviles, que cuentan con red propia y asignación de espectro radioeléctrico⁷⁹.

De acuerdo con el numeral 2) del artículo 5° 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 cobertura⁸⁰.

Entre las obligaciones de los OMR, el artículo 3° de la Ley N° 30083, señala que éstos se encuentran obligados a permitir, en favor de los OMV que lo soliciten, el acceso a su red⁸¹; y, como consecuencia, derecho a ser retribuidos por los servicios y facilidades efectivamente brindados a los OMV y a requerir una garantía que respalde dicha obligación⁸².

⁷⁸ Cricelli, Grimaldi y Levaldi; *The competition among mobile network operators in the telecommunication supply chain*, 2011. . Página web visitada el 21 de julio de 2015.

⁷⁹ **Ley N° 30083**

“GLOSARIO

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”.

⁸⁰ **Reglamento de la Ley N° 30083**

“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.”

⁸¹ **Ley N° 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).

(...)”

⁸² **Reglamento de la Ley N° 30083**

“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:

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 otros⁸³.

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/.94.10⁸⁴ y las normas que lo modifican o sustituyan.

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.”

⁸³ 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.

⁸⁴ **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. (...).”

ii) Sobre la regulación de los OMV.-

De conformidad con el Glosario consignado en la Ley N° 30083, un OMV es aquél “concesionario⁸⁵ 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”⁸⁶ (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.”⁸⁷

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 MTC⁸⁸.
- (ii) No tener vinculación económica ni legal con el OMR que le brinde acceso a su red⁸⁹.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ Ley N° 30083

“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.”

⁸⁷ Reglamento de la Ley N° 30083

“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.”

⁸⁸ 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.(...)”

⁸⁹ 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. (...)”

- (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 contraprestación⁹⁰.

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 competencia⁹¹.

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 N° 30083 como en su Reglamento⁹².

Además, teniendo en cuenta que los OMV prestarán servicios públicos móviles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 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 radioeléctrico⁹³; pago del 1% del monto total de su facturación anual a FITEI; y, el pago por aporte por regulación al OSIPTEL⁹⁴.

⁹⁰ Ley N° 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).”

⁹¹ 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:

(...)

4.4 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. (...)”

⁹² Ley N° 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.”

⁹³ 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.

⁹⁴ Ley N° 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:

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 N° 013-93-TCC y su reglamento⁹⁵ (en adelante, TUO de la Ley de Telecomunicaciones).

En relación a las condiciones para operar en el mercado, los concesionarios habilitados para prestar servicios públicos móviles⁹⁶ 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 N° 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

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 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 (FITEL). 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.”

⁹⁵ **Reglamento de la Ley N° 30083**

“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.”

⁹⁶ **Decreto Supremo N° 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.”

vigente del ingeniero que autoriza el perfil del proyecto y del pago del derecho de trámite correspondiente⁹⁷. 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 Reglamento⁹⁸ 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 Registro⁹⁹.

En relación al acceso e interconexión a las redes de los OMR, el artículo 6º de la Ley N° 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 OSIPTEL¹⁰⁰.

⁹⁷ El procedimiento para la inscripción en el Registro de OMV está descrito desde el artículo 40 al 46 del Reglamento de la Ley N° 30083.

⁹⁸ 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 N° 30083.

⁹⁹ **Reglamento de la Ley N° 30083**

“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.”

¹⁰⁰ **Ley N° 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).”

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 redes¹⁰¹. Para 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 interconexión¹⁰².

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 respecto¹⁰³.

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

¹⁰¹ Según el numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley N° 30083, los acuerdos entre OMR y OMV deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia.

¹⁰² **Ley N° 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. (...)

¹⁰³ **Ley N° 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.”

desarrollando su propia oferta comercial; y, a condiciones no discriminatorias brindadas a otros OMV¹⁰⁴.

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 infraestructura¹⁰⁵.

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

¹⁰⁴ **Reglamento de la Ley N° 30083**

“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.*
- 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 arrije 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.”*

¹⁰⁵ **Ley N° 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.”*

minorista, sin que esto constituya una infracción al principio de No Discriminación, tal como se señala a continuación¹⁰⁶:

- (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.

Adicionalmente, es preciso indicar que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 118-2015-CD/OSIPTEL de fecha 07 de octubre de 2015¹⁰⁷, se dispuso la publicación del proyecto de la norma que aprueba las “Normas Complementarias aplicables a los Operadores Móviles Virtuales” (en adelante, Proyecto Normativo) a través del cual el OSIPTEL busca establecer las condiciones y reglas técnicas - económicas en los procedimientos para los contratos y mandatos de acceso, así como otros aspectos que permitan a los OMV brindar a sus usuarios el servicio público móvil en concordancia con la normativa vigente. El referido Proyecto normativo se encuentra para comentarios hasta el 24 de noviembre del presente año.

Finalmente, cabe señalar que, 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 Kong¹⁰⁸, y algunos países de América Latina, como Perú, Ecuador, Argentina. Mientras que en otros países como Reino Unido,

¹⁰⁶ **Ley N° 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.

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.”

¹⁰⁷ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 15 de octubre de 2015.

¹⁰⁸ OSIPTEL. Documento de Trabajo N° 15: Operadores Móviles Virtuales: Funcionamiento, Experiencia Internacional y Recomendaciones sobre Modificaciones Normativas necesarias para su eventual funcionamiento en el Perú, 2013. Pág. 26.

Holanda, Francia, Estados Unidos¹⁰⁹, 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.

En el siguiente cuadro, se describe la regulación que han promovido algunos países respecto a los OMV y la situación al año 2014 de estos operadores¹¹⁰:

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.

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 aspectos. A efectos de revisar la experiencia internacional comparada de la regulación de OMV en otros países de Europa y América Latina, este CCO se remite a lo indicado por la STCCO en el numeral 10.6.1 de su Informe Instructivo.

IX. ANALISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

De acuerdo a los antecedentes y medios probatorios que obran en el expediente, este CCO deberá determinar si TELEFÓNICA habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de cláusula general, supuesto tipificado en el artículo 6° de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

9.1. Sobre la entrada de los OMV a los mercados móviles

A nivel mundial se ha observado que los OMV incursionan en mercados de comunicaciones móviles maduros, es decir, en mercados con características tales

¹⁰⁹ Ibídem.

¹¹⁰ 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.

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 peruano) 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 saber¹¹¹:

Gráfico N° 1: Tipos de OMV según segmentación de mercado



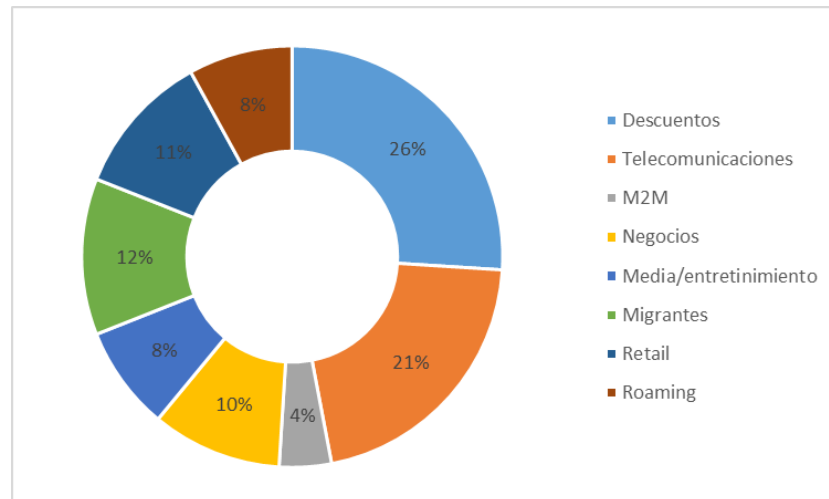
Elaboración: OSIPTEL

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:

¹¹¹ GSMA Intelligence. The global MVNO footprint: a changing environment.. Febrero 2015

descuentos y telecomunicaciones. El siguiente gráfico muestra que además, los segmentos dirigidos a migrantes y a entretenimiento, son también ampliamente atendidos por los OMV.

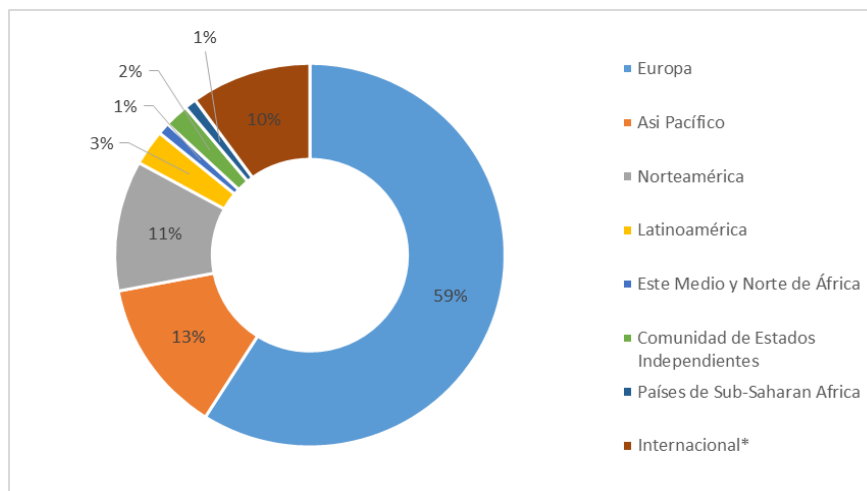
Gráfico N° 2: Distribución de OMV por segmento atendido



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%¹¹².

Gráfico N° 3: 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.

¹¹² Ibid.

A efectos de analizar la experiencia internacional, principalmente de países europeos y latinoamericanos, en cuanto a los efectos que han generado la inserción de OMV en los mercados de comunicaciones móviles, este CCO se remite a lo indicado por la STCCO en el numeral 10.4 de su Informe Instructivo¹¹³.

Es así que, conforme ha sido desarrollado por la STCCO en su Informe Instructivo, de un análisis de la experiencia comparada, puede concluirse que la principal consecuencia de la entrada de los OMV es el aumento de la competencia en el mercado de comunicaciones móviles. Asimismo, se advierte que 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 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.

i) Respuesta de los OMR a la entrada de los OMV en España

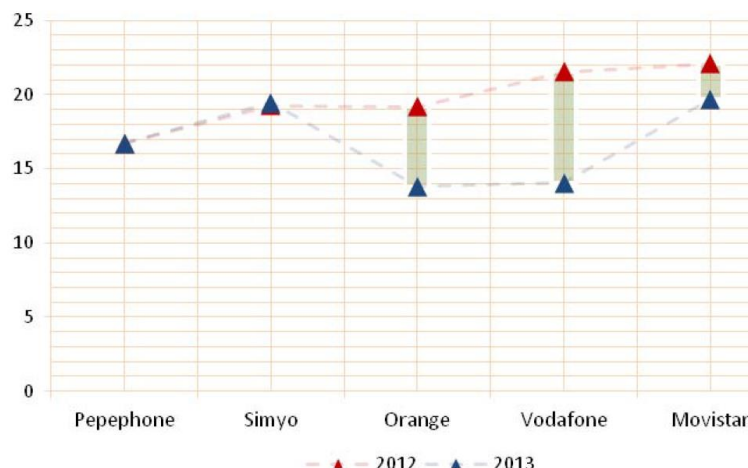
La participación de los OMV en el mercado de comunicaciones móviles español ha generado distintas reacciones de parte de los OMR. En principio, las reacciones giraban en torno al cambio en sus ofertas comerciales, lo cual resultó como un efecto disciplinador sobre la oferta comercial de los OMR, gracias 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 observando¹¹⁴. 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:

¹¹³ Cabe indicar que el numeral 10.4 del Informe Instructivo analiza los países en los cuales la figura de los OMV está más 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.

¹¹⁴ Informe de Seguimiento de las ofertas comerciales de servicios de comunicaciones móviles entre 2012 y 2013. CNMC 2014.

Gráfico N° 4: 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 jóvenes¹¹⁵. Luego de dicha compra, Tuenti 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”¹¹⁶. 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 comerciales¹¹⁷.

Recientemente, el 26 de junio del 2015, Orange hizo pública la adquisición de

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Comunicado de prensa. “Orange España cierra la compra de Simyo”. Ver: http://acercadeorange.orange.es/Uplmages/files/2309/np_comprasimyo_dic_c52cfa7c92efa16417f19fcc9.pdf Última visita: 25 de agosto 2015.

otro OMV más, Jazztel, operador que sólo ofrece el servicio móvil conjuntamente al servicio fijo y ADSL¹¹⁸.

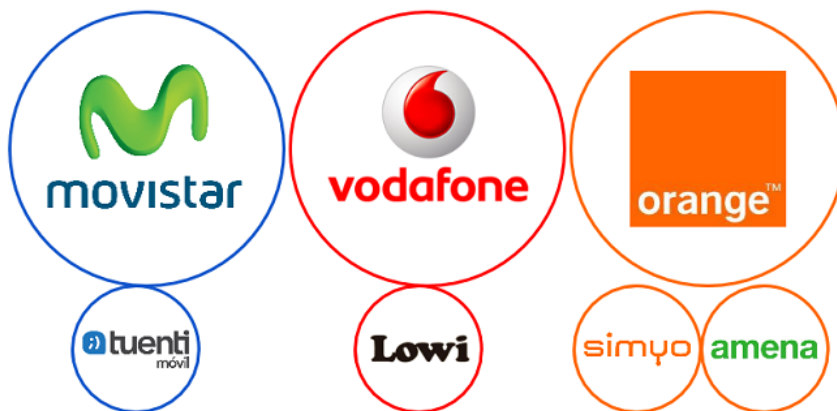
Los casos mencionados muestran que una de las principales estrategias para segmentar el mercado tal y como lo hacen los OMV, fue la adquisición por parte de los OMR de operadores móviles ya establecidos. Sin embargo, otra estrategia adoptada por los OMR para lograr el mismo fin, fue la creación de nuevas 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 2014¹¹⁹, Lowi, siendo dicha marca propiedad de Vodafone Enabler España, la 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° 5: España – OMR y sus OMV o segundas marcas



Fuente: Xataka móvil

¹¹⁸ 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

¹¹⁹ Ver: https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/lowi-static/static/nota_prensa_lowi.pdf. Última visita: 13 de agosto de 2015

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° 1: 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: OSIPTEL

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, se observa 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 móviles ¹²⁰.

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 diezmado 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 primeros¹²¹.

ii) **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, respectivamente¹²².

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.

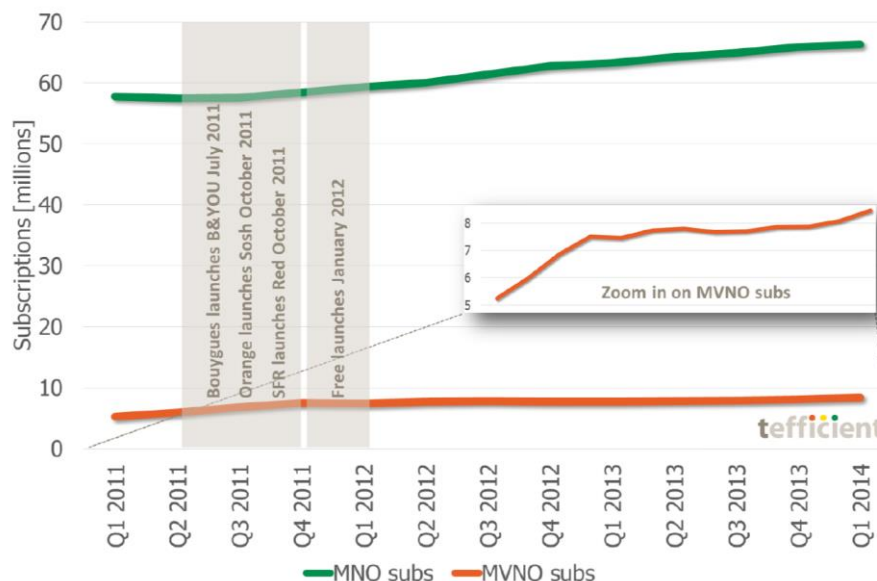
Así, respecto a los efectos que la entrada de estas segundas marcas sobre el mercado, se observa que la senda de crecimiento de las OMV se detuvo y se estabilizó justamente a partir del 2012, coincidiendo con el lanzamiento de las segundas marcas en cuestión.

¹²⁰ “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

¹²¹ “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

¹²² Tefficient. Impact of operator sub-brands on MVNO businesses. 2014

Gráfico N° 6: Francia – Evolución del número de suscriptores de OMR y OMV (millones)



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

iii) 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 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 red¹²³.

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

¹²³ 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.

2014¹²⁴.

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 especialistas¹²⁵, 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 joven¹²⁶.

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.

Cabe resaltar que hacia finales del año 2014 existían casi mil OMV y doscientas sesenta segundas marcas de los OMR a nivel mundial¹²⁷.

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.

¹²⁴ 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.

¹²⁵ Ver: <http://www.xataka.com.mx/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.

¹²⁶ Ver: <http://alo.mx/alo.html>. Última visita: 14 de agosto 2015.

¹²⁷ Ibíd.

9.2. Análisis del mercado de servicios públicos móviles peruano

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 movimiento¹²⁸. 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) hizo su ingreso al mercado ganando concesiones en las bandas de 1900 MHz y de 900 MHz, aunque recién en octubre de 2014 realizó su lanzamiento a nivel comercial, luego de iniciar la prestación de 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 la 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)¹²⁹, 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 manera¹³⁰:

¹²⁸ El año 2005 ya se había dado la fusión por adquisición de Telefónica Móviles con BellSouth Perú S.A.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ Ver: <http://comunicaciones.mtc.gob.pe/frecuencias/Publicos.aspx>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

Cuadro N° 2: 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, 900¹³¹, 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 plazo¹³² 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 generación¹³³.

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.

¹³¹ 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.

¹³² 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.

¹³³ 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.

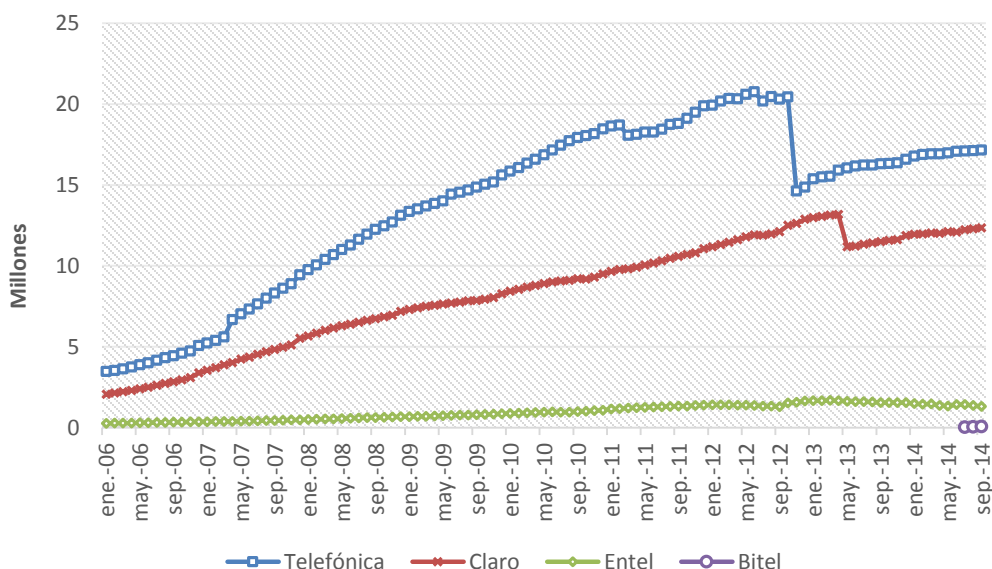
Gráfico N° 7: Marcas de servicios móviles presentes en el mercado peruano



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

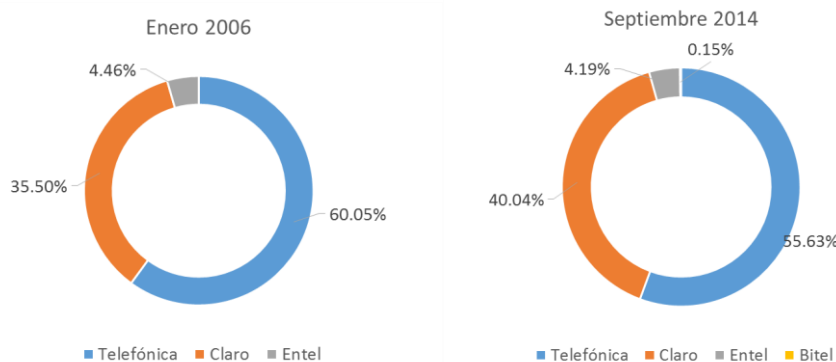


Fuente: OSIPTEL

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.

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.

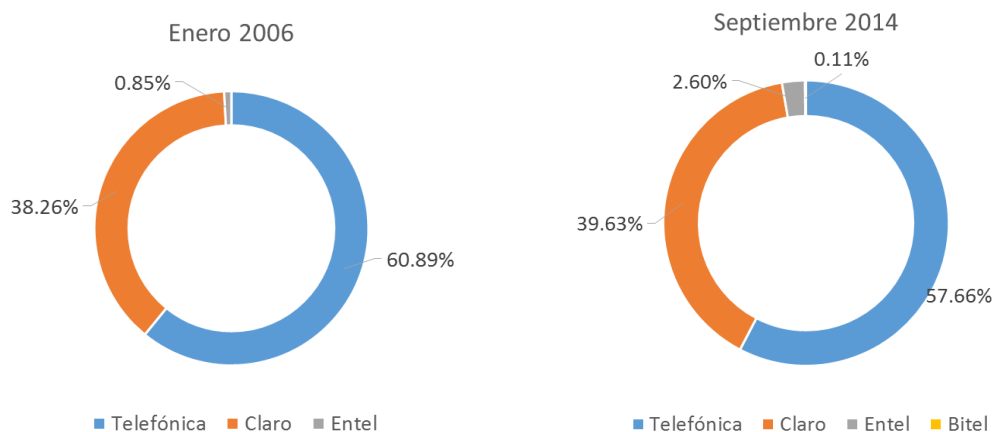
Gráfico N° 9: Distribución del número de líneas en servicio por empresa, Enero de 2006 vs Septiembre de 2014



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%.

Gráfico N° 10: 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-Hirschman¹³⁴, 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.

¹³⁴ 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:

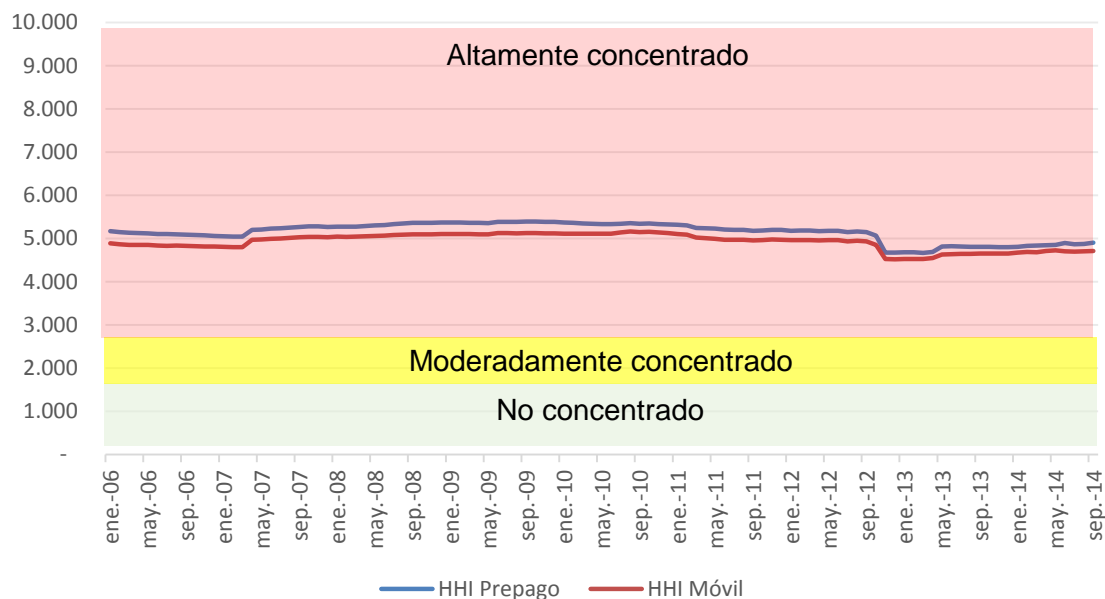
$$HHI = \sum_{i=1}^N S_i^2$$

Donde:

N = número de empresas en una industria

S_i = participación de mercado de la empresa i

Gráfico N° 11: 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.

Habiendo evaluado la situación del mercado móvil peruano, en la siguiente sección el CCO 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.

9.3. La estrategia de “Tuenti” en el Perú

En principio, cabe indicar que la marca “Tuenti” originalmente pertenece a Tuenti Technologies S., 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 euros¹³⁵. 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.”*¹³⁶

En diciembre del 2010, Tuenti inició sus operaciones como operador móvil bajo la marca “Tu”¹³⁷. 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 empresa¹³⁸, 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 corporativo, Tuenti Technologies de España anunció el inicio de sus servicios a su primer mercado en Latinoamérica, México¹³⁹.

¹³⁵ 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.

¹³⁶ 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&tlibre=tuenti>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ 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.

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 Technologies¹⁴⁰.

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 Argentina¹⁴¹. 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 2013¹⁴².

Ecuador fue el cuarto y último mercado en el cual Tuenti ha iniciado sus operaciones¹⁴³. 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:

Gráfico N° 12: Operaciones de Tuenti alrededor del mundo



Elaboración: OSIPTEL

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ 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.

¹⁴² Ver “Telefónica lanza en la Argentina una marca de celulares para adolescentes”. Disponible en: http://www.cronista.com/Mobile/nota.html?URI=/contenidos/2013/11/18/noticia_0005.html. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁴³ 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.

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.

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.

En virtud a estas consideraciones, este CCO considera que el lanzamiento de “Tuenti” en nuestro país 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 derivadas de la inserción de los OMV a los mercados móviles de la región.

9.3.1. La oferta comercial de “Tuenti” en el Perú

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-Tuenti”, el cual incluye un saldo para servicios que se puede usar por 10 días. Asimismo, con este bono el usuario tiene 10 minutos para llamadas a cualquier celular o fijo a nivel nacional, 180MB de transmisión de datos, mensajes de texto ilimitados y mensajería por WhatsApp ilimitada.

Cuadro N° 3: Características del Bono de alta, a noviembre de 2015

Minutos	MB para transmisión de datos	Mensajes de texto	WhatsApp	Horarios de uso	Días calendario a utilizar
10	180	Ilimitado	Ilimitado	24 horas	10

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, siendo lanzado recientemente un combo X-tra de S/. 7. En el siguiente cuadro se resumen todos los combos que ofrece actualmente Tuenti, cuyas características individuales se han mantenido desde que fueron lanzados:

Cuadro N° 4: Oferta comercial de Tuenti, a noviembre 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	100	Ilimitado	Ilimitado	24 horas	5
Combo 10	S/. 10.00	25	250	Ilimitado	Ilimitado	24 horas	10
Combo 15*	S/. 15.00	40	350	Ilimitado	Ilimitado	24 horas	15
Combo 30	S/. 30.00	90	750	Ilimitado	Ilimitado	24 horas	30
X-tra Megas	S/. 1.00	-	25	-	-	24 horas	1
X-tra Minutos	S/. 1.00	5	-	-	-	24 horas	1
X-tra Megas	S/. 5.00	-	125	-	-	24 horas	5
X-tra Minutos	S/. 5.00	30	-	-	-	24 horas	5
X-tra Minutos	S/. 7.00	50				27 horas	7

Fuente: SIRT

* Este combo es idéntico al que el usuario recibe cuando se da de alta. Ver Cuadro N° 3.

Es importante señalar que luego de la entrada de “Tuenti” al mercado móvil peruano, se han intensificado ofertas similares por parte de otros operadores con red.

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, 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.

Así, por ejemplo, aunque Claro presentaba con anterioridad al lanzamiento de “Tuenti”, planes tarifarios tales como “Prepago TUN” o “Prepago

Especial”, éstos no representaban una oferta específicamente diseñada para el segmento prepago joven, cuyo principal interés es el uso de datos y redes sociales.

Plan	Valor de Pack o Chip	Bono Inicial (condicionado a una recarga mínima de 3 soles)					
		Soles Libres	Minutos todo destino	MB	SMS	Claro Puntos	Días de vigencia
Prepago Juerga o Prepago TUN	Lo que cuesta el Pack Prepago (equipo + Chip)	30.00	-	60	60	60	15
	15.00	15.00	-	20	20	20	7
	8.00	0.00	5	-	5	20	30
Prepago Especial	Lo que cuesta el Pack (equipo + Chip)	-	15	-	-	-	15
	6.00	-	15	-	-	-	15

Fuente: SIRT – OSIPTEL

Posteriormente, a junio de 2015, Claro habría actualizado dichos planes aumentando la cantidad de MB por la misma tarifa, a saber:

Plan	Adquisición Asociada	Bono Inicial (condicionado a una recarga mínima de 3 soles)					
		Soles Libres	Minutos todo destino	MB	SMS	Claro Puntos	Días de vigencia
Prepago TUN	Pack Claro Prepago (equipo + Chip)	30.00	-	250	60	60	15
	Chip de S/. 15	15.00	-	50	20	20	15
	Chip de S/. 8	15.00	-	50	20	20	15
	Chip de S/. 6	15.00	-	50	20	20	15
Prepago Especial	Pack Claro Prepago (equipo + Chip)	-	60	250	60	60	15
	Chip de S/. 6	-	30	50	20	20	15

Nota: Este plan fue actualizado por última vez el 01 de noviembre de 2015

Fuente: SIRT – OSIPTEL

Además, cabe indicar que Claro presentaba la promoción “Paquetes Internet Prepago” desde agosto de 2012, sin embargo, estos sólo estuvieron vigentes hasta junio de 2013, a saber:

Plan	Días de Vigencia	MB incluidos	Velocidad Máxima	Precio
Paquete Internet 3 días	3 día	50 MB	3000 kbps	3.00
Paquete Internet 5 días	5 día	200 MB	3000 kbps	10.00
Paquete Internet 10 días	10 día	700 MB	3000 kbps	35.00
Paquete Internet 15 días	15 día	1500 MB	3000 kbps	69.00
Paquete Internet 30 días	30 día	3000 MB	3000 kbps	119.00

Fuente: SIRT – OSIPTEL

No obstante, cabe señalar que desde marzo de 2015, estos planes volvieron a ser incluidos en la oferta comercial de Claro bajo el nombre “Paquetes de Internet Prepago a demanda”, tal como se observa en el siguiente cuadro:

Plan	Vigencia	Unidades Libres (MB)	Precio
Paquete Internet 1 Hora	1 Hora	25	1.00
Paquete Internet 3 días	3 Días	50	3.00
Paquete Internet 5 días	5 Días	200	10.00
Paquete Internet 10 días	10 Días	700	35.00
Paquete Internet 15 días	15 Días	1500	69.00
Paquete Internet 30 días	30 Días	3000	119.00

Nota: Este plan fue actualizado por última vez el 01 de noviembre de 2015

Fuente: SIRT – OSIPTEL

Finalmente, Claro actualmente presenta, además de las anteriores ofertas, las siguientes promociones prepago, en las que se enfatiza claramente en el acceso ilimitado a redes sociales, a saber, “Promoción Whatsapp”, “Promoción Paquete Redes Sociales Demanda” y “Promoción Recupero con Redes Sociales”, que constituyen ofertas dirigidas específicamente para el segmento joven prepago:

Empresa	Plan	Tarifa (soles)	Whatsapp	SMS*	MMS*
América Móvil (Claro)	Promoción Whatsapp Gratis	Saldo mínimo de S/. 1.00	Ilimitado	10	10

Nota: Este plan fue actualizado por última vez el 01 de noviembre de 2015

(*) Los SMS y MMS sólo están vigentes por 3 días y si no se usan se eliminan.

Fuente: SIRT – OSIPTEL

Empresa	Plan	Tarifa (soles)	Facebook	Twitter	Días de vigencia
América Móvil (Claro)	Promoción Paquete Redes Sociales Demanda	1.00	Ilimitado	Ilimitado	1
		5.00	Ilimitado	Ilimitado	6
		20.00	Ilimitado	Ilimitado	30

Nota: Este plan fue actualizado por última vez el 01 de noviembre de 2015

Fuente: SIRT - OSIPTEL

Fuente: SIRT - OSIPTEL

Por su parte, Entel ofrece planes prepago tales como: “Paquete 40MB prepago”, “Paquete 100MB prepago”, “Planes Entel Prepago” y “Facebook Modo Básico Prepago”:

Empresa	Plan	Tarifa (soles)	MB	Días de vigencia
Entel Perú	Paquete 40 MB prepago	3.00	40	3
	Paquete 100 MB prepago	5.00	100	7

Nota: Este plan es ofrecido desde octubre de 2014 y fue actualizado por última vez el 24 de diciembre de 2015

Fuente: SIRT – OSIPTEL

Empresa	Plan	Tarifa (soles)	Minutos	SMS	MB	Días de vigencia
Entel Perú	Planes Entel Prepago*	3.00	30	50	50	15
	Planes Entel Prepago Smart**	3.00	30	50	250	15

Nota: este plan es ofrecido desde marzo de 2015 y sólo estuvo vigente hasta el 17 de agosto del 2015, pues fue actualizado en octubre y noviembre, cambiando algunas de las características

(*) El Plan tarifario Entel Prepago podrá ser contratado mediante la adquisición de un chip Entel o Pack.

(**) El Plan tarifario Entel Smart podrá ser contratado únicamente a través de Retail. La venta con equipos Smart está dada según clasificación de terminales.

Fuente: SIRT – OSIPTEL

Plan	Tarifa	Minutos	Whatsapp	SMS	MB	Llamadas gratis a 8 números a cualquier operador	Días de vigencia
Planes Entel Prepago*	De 3 a 4.99 soles	30	-	50	50	Ilimitado	15
	De 5 soles a más	60	Ilimitado	50	50	Ilimitado	15
Planes Entel Prepago Smart**	De 3 a 4.99 soles	30	-	50	50	Ilimitado	15
	De 5 soles a más	60	Ilimitado	250	50	Ilimitado	15

Nota: este plan fue actualizado el 13 de noviembre de 2015

(*) El Plan tarifario Entel Prepago podrá ser contratado mediante la adquisición de un chip Entel o Pack.

(**) El Plan tarifario Entel Smart podrá ser contratado únicamente a través de Retail. La venta con equipos Smart está dada según clasificación de terminales.

Fuente: SIRT – OSIPTEL

Cabe indicar que, el Plan “Facebook Modo Básico Prepago” de Entel, brinda el beneficio de uso de la red social Facebook, sin consumo de datos y sin necesidad de que el cliente cuente con saldo de recargas o megas en su cuenta de abonado.

De otro lado, Bitel ofrece planes prepago tales como: “Plan Bifri” y “Plan Prepago UNI2”:

Empresa	Plan	Tarifa	Whatsapp	Llamadas gratis a un número Bitel	Días de vigencia del whatsapp ilimitado
Bitel	Plan Bifri	3.00	Ilimitado	Ilimitado	30

Nota: Este plan es ofrecido desde enero de 2015 y su última actualización es de agosto de 2015

Fuente: SIRT - OSIPTEL

Empresa	Plan	Tarifa (soles)	Llamadas y SMS on-net (Soles)	MB	Días de vigencia
Bitel	Plan Prepago UNI2	5.00	5.00	75	5

Nota: Este plan es ofrecido desde agosto de 2014 y su última actualización es de abril de 2015

Fuente: SIRT – OSIPTEL

De lo previamente expuesto, puede concluirse que, si bien los otros operadores con red como Claro, Bitel y Entel han respondido a la entrada de “Tuenti” al mercado móvil; dicha respuesta se ha llevado a cabo a través de una estrategia comercial distinta a la empleada por TELEFÓNICA, ya que éstos solo han optado por crear planes tarifarios mejor diseñados para lo que podría considerarse un público joven, promocionándolos bajo su misma marca¹⁴⁴. En tal sentido, las respuestas de los OMR ante el ingreso de la segunda marca “Tuenti” de TELEFÓNICA habrían dinamizado dicho segmento del mercado móvil aumentando la oferta comercial disponible al usuario; aunque aún, no pueda afirmarse que logren generar presión competitiva efectiva sobre “Tuenti”.

9.4. Aplicación al caso materia de análisis

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 de la denuncia presentada por IDOM, mediante Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL del 15 de enero de 2015, este 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

¹⁴⁴ Conforme ha sido indicado previamente, si bien con anterioridad al lanzamiento de la segunda marca “Tuenti” de TELEFÓNICA, existían algunos planes tarifarios dirigidos al segmento joven prepago, por ejemplo los “Planes Juerga” de Claro, éstos no estaban diseñados de la misma forma que los planes actualmente implementados por los OMR, esto es, en base al uso de internet y redes sociales ilimitadas.

consumidores y obteniendo con ello, una aparente ventaja competitiva ilícita¹⁴⁵ 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. Por tanto, 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.
- 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 N° 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.

¹⁴⁵ 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.

- En Argentina y México, países que tienen una prohibición similar a la contenida en el artículo 4.2 de la Ley N° 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 encontraríamos ante una afectación al derecho de propiedad, pues se estaría hablando de una expropiación de marca.

Conforme fue expuesto previamente, 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; estaría utilizando dicha ventaja a través de su marca “Tuenti”, para obtener un beneficio ilícito¹⁴⁶ 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.

De forma previa al análisis que realizará este CCO, resulta pertinente pronunciarse respecto a la ventaja inherente que posee TELEFÓNICA en el mercado móvil prepago, derivada de una serie de factores, entre ellos: i) sus características particulares como OMR; ii) ser el operador con red con la mayor cuota de participación de mercado en el segmento prepago; iii) la estrategia de segmentación de mercado implementada a través de la creación de una segunda marca; y, iv) su posicionamiento como “first player” en el segmento joven prepago, producto de la implementación de dicha estrategia.

¹⁴⁶ 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.

En relación a la primera característica enunciada, conviene señalar que la Ley N° 30083, define a los OMR, como aquellos concesionarios que tienen título habilitante para prestar servicios móviles, red propia y asignación de espectro radioeléctrico. Es así que, de acuerdo a los términos expuestos en la legislación, TELEFÓNICA califica como un OMR al ser un operador establecido en el mercado móvil que cuenta con espectro radioeléctrico asignado y red propia. Por su parte, los OMV al no contar con estas características, deben solicitar acceso a la red de aquellos operadores que cuentan con espectro radioeléctrico asignado. Por tanto, se advierte que todos los OMR cuentan con una ventaja inherente respecto de los OMV, pues se encuentran en la capacidad de imponer condiciones que influyan directamente en el desempeño de los OMV en el mercado. Sin embargo, para el caso particular de TELEFÓNICA dicha situación es aún más ventajosa por los otros factores que se exponen a continuación.

Así, otro elemento que forma parte de la ventaja inherente de TELEFÓNICA, se encuentra relacionado a su poder de mercado, pues de manera previa al lanzamiento de la marca “Tuenti”, la entrada de Bitel y el lanzamiento de Entel; la empresa investigada presentaba un mayor crecimiento en el segmento prepago, a diferencia de lo que ocurría con sus competidores.

Adicionalmente, se puede advertir que TELEFÓNICA ha optado por implementar una estrategia de segmentación de mercado a través de la creación de una segunda marca que le permita contrarrestar la eventual competencia que podría enfrentar luego del ingreso de los OMV al mercado móvil peruano, explotando así la estrategia de segmentación de mercado.

De otro lado, al observar las estrategias de segmentación desarrolladas por los OMR en el mercado móvil peruano, advertimos que en el caso de TELEFÓNICA, dicha empresa se ha constituido como el primer actor o “first player” que ingresó a competir con una oferta comercial diferenciada para el segmento joven prepago a través de una marca propia, siendo que su actuación generó respuestas por parte de los OMR a través del diseño de planes tarifarios dirigidos a ese mismo segmento. Dicha condición contribuye a la ventaja inherente que TELEFÓNICA ostenta respecto a sus competidores (OMR y futuros OMV que podrían ingresar a dicho nicho de mercado), ya que al haber sido el primero en atender dicho segmento, pudo afianzarse en el mercado, captando la preferencia de los usuarios.

En tal sentido, dada las prerrogativas que le otorgan las características previamente descritas, TELEFÓNICA ostenta el poder de mercado suficiente que la coloca en condiciones de mayor ventaja frente a sus competidores, situación que facilita el despliegue de todo tipo de conductas a fin de proteger su poder de mercado ante el riesgo de entrada potencial o efectiva de competidores en el mercado móvil; siendo que, dichas conductas podrán ser ilícitas bajo los parámetros de la normativa de represión de competencia desleal, en tanto representen una actuación obstruccionista en el mercado que dificulte o entorpezca indebidamente el normal desarrollo de las actividades de un competidor, afectando así el interés general.

Así, por ejemplo, dado el nivel de dependencia de los OMV respecto a los OMR¹⁴⁷, éstos últimos se encuentran en una mejor posición competitiva al momento de negociar las condiciones de acceso a su red.

Luego de haber descrito los elementos que conforman la ventaja inherente de TELEFÓNICA como OMR establecido, este CCO estima pertinente determinar si, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 30083, la oferta de servicios móviles a través de una segunda marca, rompe la igualdad de condiciones en las que deben participar los agentes en el referido mercado, en detrimento del proceso competitivo. Para tal efecto, corresponde analizar si la empresa investigada ha utilizado indebidamente dicha ventaja para diseñar una oferta de servicios a través de su marca “Tuenti”, con el objeto de generar algún tipo de perjuicio a sus competidores que no se encuentra basado en eficiencias.

Al respecto, cabe indicar que 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 así que, 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 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 OMV, bajo ciertos parámetros, sin que ello lleve a prohibir a que puedan competir en el mismo segmento de mercado, menos aún a través de una segunda marca.

¹⁴⁷ Cabe indicar que los OMV han sido clasificados de acuerdo al nivel de dependencia que tienen de su OMR *host* en términos de infraestructura y participación en la cadena productiva del servicio móvil a prestar. A efectos de revisar la clasificación internacional de OMV, este CCO se remite a lo indicado por la STCCO en el numeral 10.2 de su Informe Instructivo.

Con relación a este punto, resulta necesario señalar que para este CCO, la actuación acorde a la buena fe empresarial que debe regir la conducta de los agentes en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, debe ser comparada con el comportamiento honesto, usual y proporcionado que debería tener un competidor en el referido mercado, definido como la “conducta esperada”.

Es decir, la evaluación de buena fe empresarial que realizará este CCO 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 tenga una ventaja inherente respecto a sus competidores, 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.

De la revisión de la experiencia internacional comparada, se advierte que, si bien la estrategia de segmentación de mercado es propia de los OMV; ésta también puede ser adoptada por operadores con red a fin de responder la competencia que los OMV generan en el mercado. En tal sentido, dicha estrategia de segmentación y especialización en un segmento de mercado, puede ser adoptada por un OMR bajo distintas figuras, a saber:

- i) Generación de planes con características específicas que satisfagan las preferencias de un segmento determinado de mercado;
- ii) Creación de un OMV propio que utilice su propia red;
- iii) Creación de un OMV propio que utilice la red de un tercer OMR; y,
- iv) Creación de una segunda marca

En ese sentido, de las cuatro opciones listadas, se observa que la regulación sectorial peruana prohíbe la segunda, siendo que un OMR que quiera participar en el mercado móvil peruano mediante la estrategia de segmentación de mercado, puede optar únicamente por las otras tres opciones.

En tal sentido, un OMR en nuestro país, que busca atender de manera especializada un segmento de mercado, se encontraría en posibilidad de decidir entre las tres estrategia restantes, a saber: i) la creación de planes tarifarios con características específicas que satisfagan las preferencias del segmento al cual quiera atender; ii) creación de un OMV propio que utilice la red de un tercer OMR; o, iii) la creación de una segunda marca que se especialice en dicho segmento y que frente al usuario represente una nueva opción.

Sin perjuicio de ello, a nivel internacional, se ha observado que la estrategia de creación de segundas marcas por parte de los OMR constituye una práctica frecuente para competir con los OMV, por lo que podría resultar una estrategia atractiva para segmentar mercados y captar la preferencia de los usuarios. Ello, debido a que según literatura de marketing, la creación de segundas marcas específicas que se diferencien de la marca emblema permite “segmentar el mercado

y llegar a un mayor número de consumidores”¹⁴⁸. Así también, según diversos estudios, “una de las principales ventajas que se obtiene con el uso de marcas individuales es la no interferencia en el conjunto de la actividad de la empresa en caso de problemas en alguno de los productos específicos. También permite la introducción de productos muy distintos en varios mercados sin el riesgo que supone tener una misma marca, y a la vez permite a la empresa dirigirse más fácilmente a diferentes segmentos y poder llegar a un número mayor de consumidores”¹⁴⁹.

De lo previamente expuesto en el presente pronunciamiento, se puede concluir que la decisión de TELEFÓNICA de crear una segunda marca para atender al segmento joven de manera especializada ha respondido a una estrategia racional propia de una empresa que maximiza beneficios optimizando sus recursos.

Ahora bien, debemos recordar que la cláusula general responde a la necesidad de imponer a todos los agentes en el mercado, un deber de corrección mínimo en su forma de concurrir, siendo un elemento que define esta correcta concurrencia, el participar en el mercado sin evitar costos que otros agentes incurren para operar. En este supuesto, la ventaja económica del presunto infractor, viene dada porque asume una estrategia empresarial que le permite competir en el mercado sin incurrir en una inversión propia o valiéndose de un ahorro de costos ilícito.

Sin embargo, de lo analizado en el presente caso, este CCO concluye que no se ha podido determinar un ahorro de costos ilícito por parte de la empresa investigada que constituya una infracción a la cláusula general contenida en el artículo 6° de la Ley de Represión de Competencia Desleal, toda vez que TELEFÓNICA asume los costos que la propia regulación le impone como OMR.

De otro lado, este CCO conviene en señalar que a diferencia de otras legislaciones en las que el ingreso de los OMV se dio por acuerdos privados con OMR; en nuestro país, se optó por diseñar una regulación que promueva el ingreso de los OMV al mercado móvil, siendo que a través de la Ley N° 30083 publicada el 22 de setiembre de 2013 se estableció un marco normativo que expresaba las prohibiciones y obligaciones que tienen los OMR y OMV. Al respecto, la referida regulación dispuso como condición para operar en el mercado móvil, que los OMV obtengan el registro correspondiente otorgado por el MTC, no obstante; el Reglamento de la Ley N° 30083 que regulaba el procedimiento de inscripción en el referido registro, fue emitido recién el 04 de agosto de 2015.

Por tanto, al momento en que “Tuenti” fue lanzada al mercado (octubre de 2014), la regulación de OMV se encontraba incompleta y no permitía el ingreso de dichos operadores al mercado. Por tal motivo, aun cuando los OMV establecidos en otros países manifestaron su interés por incursionar en el mercado móvil peruano, el retraso en la reglamentación, les impedía ingresar.

¹⁴⁸ Ana Belén Casado Díaz, Ricardo Sellers Rubio (2006). “Dirección de Marketing: Teoría y Práctica”, Página 202.

¹⁴⁹ Gubern Fortuny Marcel. “Políticas de producto” (2009), Página 16.

En tal sentido, podría concluirse que la empresa investigada diseñó una estrategia de alcance regional, para disputar el mercado a los OMV que generaban presión competitiva en diversos países de la región y, para el caso de nuestro país, probablemente para responder de manera anticipada a la eventual presión competitiva que generarían los futuros OMV cuando dicha regulación se encontrase implementada.

Sin embargo, no puede afirmarse con certeza que la creación de la marca “Tuenti” constituya una estrategia que haya desincentivado el ingreso de los OMV, puesto que hasta agosto del presente año, la propia regulación no había establecido las condiciones de operación que habilitarían a los OMV a concurrir en el mercado, por lo que el retraso de su ingreso al mercado móvil peruano no puede ser atribuido al lanzamiento de la marca “Tuenti” de TELEFÓNICA.

En atención a lo expuesto, se puede concluir que la decisión de TELEFÓNICA de crear una segunda marca para atender al segmento joven de manera especializada, ha respondido a una estrategia racional propia de una empresa que maximiza beneficios optimizando sus recursos, por lo cual constituye una conducta lícita y esperada en el mercado de telecomunicaciones, acorde a lo establecido en el artículo 6° de la Ley de Represión de Competencia Desleal. Por tanto, este CCO concluye que la conducta de TELEFÓNICA, al operar con su segunda marca “Tuenti” en el mercado móvil, constituye una “*conducta esperada*” ante la presión competitiva que genera el eventual ingreso de nuevos competidores a un mercado altamente concentrado y, que no se encuentra prohibida por la regulación sectorial, pues su objetivo es precisamente, promover mayor competencia en dicho mercado.

En consecuencia, en el presente caso, este CCO no ha podido advertir que TELEFÓNICA haya desarrollado una estrategia empresarial a través de su marca “Tuenti”, para obtener algún beneficio ilícito producto de la vulneración a las directrices de la buena fe empresarial contenidas en la Ley N° 30083 y su reglamento.

Sin perjuicio de lo antes señalado, se debe tener en consideración que el análisis de licitud que ha sido realizado por este CCO, responde a una evaluación del caso en concreto, sin que ello obste a que posteriormente, sea posible evaluar barreras de entrada ilícitas bajo diferentes circunstancias, ya que por ejemplo, la empresa incumbente puede diseñar una serie de estrategias para disuadir el ingreso de competidores y mantener o mejorar su posicionamiento en el mercado por medios distintos a la eficiencia económica¹⁵⁰.

Al respecto, se debe considerar que uno de los principales costos que afronta un OMV corresponde a la contraprestación que debe pagar al OMR que le dé acceso a su red, de modo tal que los OMR y especialmente aquellos que cuenten con

¹⁵⁰ Un ejemplo de ello se advierte en 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 entrada. Belleflamme, Paul y Peitz, Martin (2010). “Industrial Organization: Markets and Strategies”. Cambridge University Press.

segundas marcas cuya estrategia compita con la de los OMV (como TELEFÓNICA mediante su segunda marca “Tuenti”, la cual potencialmente podría competir con los OMV que busquen atender el mismo segmento de mercado), potencialmente podrían utilizar estrategias para disuadir el ingreso de los OMV, como por ejemplo, ofrecerles condiciones desventajosas a fin de que estos últimos no pueda competir con las segundas marcas propiedad de los OMR, es decir, cargos de acceso tales que el OMV no sea capaz de establecer tarifas que compitan con las de dichas segundas marcas.

i) *Sobre los argumentos adicionales presentados por TELEFÓNICA en el procedimiento*

Adicionalmente, cabe indicar que 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.

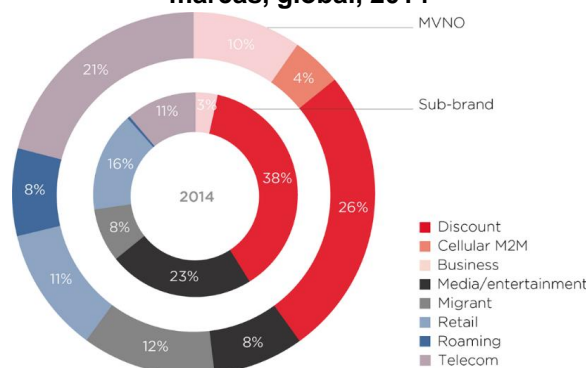
Ciertamente, la denunciada pudo competir en el referido segmento sin la necesidad de crear una nueva marca, tan solo generando nuevos planes, tal como lo ha hecho Bitel o Entel, no obstante, la creación de una segunda marca puede ser una mejor herramienta de marketing que permite segmentar mercados o diferenciar productos, y que, en el caso de los servicios móviles es evidente que corresponde a una estrategia para competir con las OMV, enfocándose precisamente en aquellos segmentos en los que estos últimos ingresan con éxito.

En tal sentido, tal como fue señalado previamente, estudios económicos revelan que la creación de segundas marcas constituye una respuesta esperada de 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, siendo que dicha estrategia se observa en mercados maduros y saturados.

De otro lado, este CCO considera pertinente desestimar el argumento por el cual TELEFÓNICA ha señalado que en la imputación de cargos en su contra, 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 no se 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 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 empleados por la 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 mundo¹⁵¹, y a la que pertenece TELEFÓNICA¹⁵², 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”*¹⁵³, 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° 13: Segmentación de mercado por categoría, OMVs y segundas marcas, global, 2014



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

En ese sentido, no se 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 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 los OMR.

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

¹⁵¹ Ver: <http://www.gsma.com/aboutus/>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁵² Ver: <http://www.gsma.com/membership/who-are-our-gsma-members/full-membership/>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

¹⁵³ Disponible en: <https://gsmaintelligence.com/research/2015/02/the-global-mvno-footprint-a-changing-environment/490/>. Última visita: 25 de agosto de 2015.

noticias sobre OMV, MVNO Dynamics¹⁵⁴, 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, tal como se advierte de diversas declaraciones en medios de comunicación, cuando Virgin Mobile inició sus operaciones en México, Colombia y Chile ofreció planes tarifarios dirigidos específicamente al segmento joven¹⁵⁵. 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.

En atención a las consideraciones expuestas, este CCO considera que corresponde desestimar los argumentos expuestos por la empresa TELEFÓNICA a lo largo del procedimiento.

ii) 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 N° 30083, los OMR no pueden incursionar en el mercado bajo el modelo de un OMV.

Al respecto, tal como fue expresado previamente por este Colegiado, la Ley N° 30083 no establece en ninguno de sus artículos prohibición alguna vinculada a que los OMR no puedan competir bajo la modalidad de un OMV. Por el contrario, 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 este 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

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ Al respecto, se pueden ver los siguientes medios de comunicación:

- 1) “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.
- 2) “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.
- 3) 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.
- 4) 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.

determinante que se encuentre relacionado a la acreditación de la imputación formulada en contra de TELEFÓNICA.

No obstante lo antes señalado, este CCO 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 Competencia Desleal¹⁵⁶, 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.”

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 General¹⁵⁷.

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

¹⁵⁶ **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.”

¹⁵⁷ **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.”

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 redundante en su beneficio.

De otro lado, se aprecia que, de acuerdo a la información brindada por INDECOPI mediante Oficio N° 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 redundante, 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 N° 30083 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 actuales no demuestran que “Tuenti” sea un ente autónomo distinto a TELEFÓNICA que se comporte en el mercado de servicios móviles como un OMV.

iii) Sobre las posibles implicancias del ingreso de “Tuenti” al mercado móvil peruano

En sus comentarios al Informe Instructivo, TELEFÓNICA indicó que la apreciación de la STCCO en relación a que el lanzamiento de “Tuenti” podría generar a futuro cierto daño al mercado, se contradecía con el análisis realizado a lo largo del procedimiento. De acuerdo a lo manifestado por la empresa

investigada, no resultaba claro el criterio bajo el cual la STCCO había concluido que la estrategia comercial adoptada por TELEFÓNICA, pese a ser lícita, podía dificultar ilegalmente el éxito de algún OMV que decidiera ingresar al mercado peruano en el futuro.

Sobre el particular, cabe señalar que en su Informe Instructivo, la STCCO indicó que a futuro TELEFÓNICA, al participar en este segmento de mercado a través de su marca “Tuenti”, podría tener incentivos para entablar prácticas anticompetitivas o desleales, afectando la potencial entrada y permanencia de los futuros OMV que competirían con “Tuenti” en dicho segmento de mercado. Así, la STCCO indicó que resultaba necesario que se evalúe permanentemente el desarrollo de la dinámica competitiva en dicho mercado luego del ingreso de los OMV, a fin que vigilar que el mercado de servicios móviles se desenvuelva en un marco de libre y leal competencia.

Teniendo en cuenta lo indicado por la empresa TELEFÓNICA respecto a la recomendación efectuada por la STCCO en su Informe Instructivo, este CCO estima conveniente realizar algunas precisiones.

Conforme ha sido expuesto en el presente pronunciamiento, la experiencia internacional comparada muestra que la creación de segundas marcas por parte de los OMR, así como la creación de nuevos planes tarifarios dirigidos a este segmento de mercado bajo su misma marca, son una reacción común para disputar el mercado con los OMV en segmentos que estos últimos empiezan a explotar. Por tanto, la estrategia de segmentación de mercado a través de la creación de una segunda marca por parte de TELEFÓNICA, resulta una conducta esperada acorde a la buena fe empresarial contenida en el artículo 6° de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

Cabe recalcar que, en diversos países se ha podido observar que la disminución inicial de la concentración del mercado producto del ingreso de los OMV, es frenada de forma posterior por esta estrategia de lanzamiento de nuevas marcas por parte de los OMR. No obstante, los usuarios se han visto beneficiados con mejores ofertas comerciales producto del mayor dinamismo del mercado.

Ahora bien, en el presente caso, se ha podido advertir que la estrategia de TELEFÓNICA para segmentar mercados a través de su marca “Tuenti”, ha sido exitosa, permitiéndole incursionar en un segmento del mercado móvil en el cual es común la presencia de los OMV¹⁵⁸. De otro lado, no se encontraron indicios que demuestren que su operación a través de “Tuenti” desincentivó la entrada de posibles OMV al mercado peruano, pues el retraso de su ingreso obedeció a la demora en la implementación de la regulación sectorial.

Adicionalmente, debemos tener en consideración que a la fecha, el mercado móvil peruano es altamente concentrado, siendo que incluso la concentración es mayor en la modalidad prepago y que, los nuevos OMR que han incursionado

¹⁵⁸ Sobre el particular, en el numeral 13.2 del Informe Instructivo, se puede revisar el análisis de los resultados de la marca “Tuenti” en el mercado móvil prepago peruano.

recientemente en el mercado (Entel y Bitel) de momento no han tenido un gran impacto en sus operaciones. Por el contrario, estos operadores han implementado una oferta comercial que les permite competir con las de “Tuenti”.

Por tanto, es de entender que la recomendación efectuada por la STCCO pone de manifiesto el efecto que podría generar la creación de segundas marcas en los mercados móviles por parte de los OMR.

Así, en el supuesto de que un OMR opte por crear una segunda marca, habría mayores riesgos de que el OMR eventualmente pueda buscar disuadir la entrada de los OMV o su salida del mercado, considerando que la rentabilidad de estos depende, en gran parte, de las condiciones de acceso a red que el OMR les brinde. Así, el OMR puede brindar condiciones tales que los OMV no sean capaces de competir con la segunda marca del OMR.

Por tanto, contrariamente a lo indicado por la empresa investigada, la preocupación expresada por la STCCO no se refería a la posibilidad de que TELEFÓNICA gane participación de mercado - lo cual este CCO considera podría hacer de forma lícita - sino a que ello se dé a partir de conductas ilícitas que potencialmente podrían efectuar los OMR, afectando de este modo, la dinámica competitiva que podrían introducir los OMV.

Cabe agregar que, en la medida que “Tuenti” vaya obteniendo una mayor participación de mercado en este segmento, eventualmente podría incentivar a un operador con las características de TELEFÓNICA a buscar defender dicha participación de mercado mediante la realización de prácticas anticompetitivas o desleales, tales como el establecimiento de condiciones desfavorables a aquel OMV que busque acceder a su red y cuyo mercado objetivo sea el mismo al que está dirigido su segunda marca, a fin de que este no pueda competir.

Sin embargo, cabe precisar que, nos encontramos en un escenario incipiente, que en los próximos meses podría sufrir algunos cambios que ahora no se pueden prever correctamente, ya que los OMV aún no han incursionado en el mercado móvil peruano, por lo cual a este momento, no resulta factible analizar la presión competitiva que éstos podrían ejercer sobre los OMR. No obstante ello, la experiencia internacional comparada nos haría suponer que el aparente éxito de las segundas marcas de los OMR establecidos, como es el caso de la marca “Tuenti”, podría afectar la desconcentración del mercado móvil prepago que se esperaría tras el mayor dinamismo que ha venido presentando y, que podría ser mayor con la entrada de los OMV, en tanto que los OMR, en este caso TELEFÓNICA, terminarían incrementando su participación de mercado.

En tal sentido, dada las características particulares de este OMR, así como a su poder de mercado, éste se encuentra en una mejor posición competitiva que le permite desplegar todo tipo de conductas a fin de proteger su condición, y la de todas sus marcas, como Tuenti por ejemplo, ante el riesgo de entrada efectiva de posibles competidores en el mercado móvil, pudiendo ser dichas conductas, eventualmente ilícitas, bajo los parámetros de las normas de represión de

competencia desleal o incluso del marco normativo de represión de conductas anticompetitivas.

En atención a lo expuesto, este CCO coincide con la recomendación expuesta por la STCCO en su Informe Instructivo, en el extremo de que resulta necesario que el OSIPTEL, a través de sus órganos competentes, realice una labor de evaluación y seguimiento permanente a la dinámica competitiva en dicho mercado con posterioridad al ingreso de los OMV, pues de acuerdo a lo revisado en la experiencia internacional comparada, resulta frecuente que los OMR con poder de mercado, establezcan una serie de barreras de entrada ilícitas para disuadir el ingreso de los OMV o sacarlos del mercado, con el propósito de mantener o mejorar su posicionamiento en el mercado, tales como la imposición de condiciones desfavorables a los OMV que busquen acceder a su red, por ejemplo estableciendo cargos de acceso a red que no les permita competir de manera rentable.

En tal sentido, en la medida que los OMV pueden competir con los OMR, a través de segundas marcas o la oferta de nuevos planes tarifarios bajo su misma marca, el Regulador debe efectuar acciones que permitan reducir o eliminar los incentivos que tienen los OMR para limitar el acceso de los OMV a sus redes, de tal forma que se garantice una libre y leal competencia entre estos y los OMV. En consecuencia, este CCO considera pertinente recomendar al OSIPTEL que establezca cargos de acceso a red que permita al OMV competir con el OMR, bajo cualquier estrategia comercial que este implemente (segundas marcas o nuevos planes tarifarios bajo su misma marca); así como realizar pruebas que permitan verificar que los OMR, en sus ofertas comerciales, imputan los mismos costos que asumen los OMV por cargos de acceso a red.

X. SOBRE LOS PEDIDOS ACCESORIOS FORMULADOS POR IDOM

En el presente procedimiento, IDOM solicitó a este CCO lo siguiente: i) se sancione a TELEFÓNICA, por la comisión de actos de competencia desleal que son materia de la denuncia; ii) que ordene a TELEFÓNICA el pago de las costas y costos incurridos durante el trámite del presente procedimiento; y, iii) que, una vez agotada la vía administrativa y previo acuerdo del Consejo Directivo del OSIPTEL, se le delegue la posibilidad de promover un proceso de defensa de intereses colectivos de los consumidores afectados con la conducta denunciada.

Al respecto, habiéndose declarado infundada la denuncia presentada por IDOM, este CCO considera que corresponde denegar los pedidos accesorios formulados por la denunciante.

De conformidad con el Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 136-2011-CD/OSIPTEL.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **INFUNDADA** la denuncia presentada por Instituto del Derecho Ordenador del Mercado contra Telefónica del Perú S.A.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de la cláusula general, supuesto tipificado en el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

Artículo Segundo.- DENEGAR los pedidos accesorios formulados por Instituto del Derecho Ordenador del Mercado, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Tercero.- Ordenar a la Secretaría Técnica que realice las indagaciones necesarias a efectos de determinar si es que efectivamente concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador contra Telefónica del Perú S.A.A. por supuestas infracciones al artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado, Sergio Fernando Pedro Salinas Rivas, Daniel Schmerler Vainstein y Jorge Francisco Li Ning Chaman.