



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO Nº 004-2015-CCO/OSIPTEL

Lima, 23 de abril de 2015

EXPEDIENTE	004-2014-CCO-ST/CD
MATERIA	Competencia Desleal
ADMINISTRADOS	Proveedor de Comunicaciones del Oriente S.R.L. PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L. Perudata Comunicaciones S.A.C.

SUMILLA: Se declara FUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra Proveedor de Comunicaciones del Oriente S.R.L., PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L. y Perudata Comunicaciones S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14º del Decreto Legislativo Nº 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal.

En consecuencia, se sanciona a PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L. con una multa de 1.66 UIT por la comisión de una infracción grave; a Perudata Comunicaciones S.A.C. con una multa de 1.3 UIT por la comisión de una infracción leve; y, a Proveedor de Comunicaciones del Oriente S.R.L. con una multa de 0.5 UIT por la comisión de una infracción leve.

De otro lado, se dispone el cese de la conducta infractora por parte de PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L., y en consecuencia, se abstenga de prestar el servicio de acceso a Internet, sin contar con título habilitante.

El Cuerpo Colegiado a cargo del procedimiento de oficio contra Proveedor de Comunicaciones del Oriente S.R.L. (en adelante, Procomor), PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L. (en adelante, PIM Soluciones) y Perudata Comunicaciones S.A.C. (en adelante, Perudata) por la comisión de presuntos actos de competencia desleal en el mercado de acceso a Internet.

VISTO:

El Expediente Nº 004-2014-CCO-ST/CD.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVESTIGADAS

PIM Soluciones, es una empresa privada constituida en el Perú, la cual no cuenta con concesión para brindar servicios públicos de telecomunicaciones y no está inscrita en el registro de comercializadores ni en el registro de empresas prestadoras de servicio de valor añadido.

Procomor, es una empresa privada constituida en el Perú, a la cual, mediante Resolución Ministerial N° 262-2012-MTC/03, del 24 de mayo de 2012, se le otorgó concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, se encuentra inscrita en el registro de empresas prestadoras de servicios de valor añadido N° 429-VA, del 02 de julio de 2013, para prestar el servicio de conmutación de datos por paquetes (Internet).

Perudata, es una empresa privada constituida en el Perú, la cual cuenta con Registro de Comercializadores N° 348-CO, para comercializar el servicio de almacenamiento y retransmisión de datos, mensajería interpersonal (correo electrónico), y conmutación de datos por paquetes (Internet), inscrita el 04 de noviembre de 2013.

II. ANTECEDENTES

1. Mediante carta N° PCO32-AD013 de fecha 16 de diciembre de 2013, la empresa Procomor informó al OSIPTEL sobre posibles conductas de competencia desleal en el mercado de telecomunicaciones por parte de diversos agentes económicos que operarían en la provincia de Maynas, departamento de Loreto.
2. En relación a ello, a través del Memorando N° 048-ST/2014 de fecha 13 de febrero de 2014, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL (en adelante, GFS) realizar una investigación a fin de determinar si los agentes a los que hacía referencia Procomor en su carta venían prestando o han prestado el servicio de acceso a Internet.
3. En respuesta a lo anterior, la GFS remitió a la Secretaría Técnica, el Memorando N° 179-GFS/2014 de fecha 06 de marzo de 2014, mediante el cual se incluyó el Informe N° 001-S.GEVP/LRT/GOD/2014, elaborado por el Supervisor de la Oficina Desconcentrada de Loreto, el mismo que fue ampliado mediante Memorando N° 740-GFS/2014 de fecha 23 de mayo de 2014.
4. De una revisión de la página web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC)¹, particularmente del registro de empresas de valor añadido² y de empresas comercializadoras de servicios³; la Secretaría Técnica encontró que sólo la empresa Perudata contaba con registro de comercializador, el cual le permitiría comercializar los servicios de almacenamiento y retransmisión de datos, mensajería interpersonal (correo electrónico) y conmutación de datos por paquetes (Internet).
5. Conforme a ello y a fin de corroborar dicha información, mediante Carta N° 010-ST/2014 de fecha 23 de abril 2014 se requirió al MTC que confirme si las empresas que la Secretaría Técnica habría identificado como empresas prestadoras del servicio de acceso a Internet contarían con algún título en virtud del cual operar. En respuesta

¹ Es necesario mencionar que la búsqueda en la página web del MTC incluyó a la empresa Procomor con la finalidad de obtener información respecto al periodo de afectación por las conductas de las posibles empresas infractoras.

² Información actualizada al 28 de febrero de 2014. Al respecto, ver el siguiente enlace:

- http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/registros/evras/Registro_VA.htm

³ Información actualizada al 24 de febrero de 2014. Al respecto, ver el siguiente enlace:

- <http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/registros/comercializadores/reg.htm>

a dicho requerimiento, mediante Oficio N° 19214-2014-MTC/27, recibido con fecha 22 de mayo del 2014 el MTC remitió la información solicitada.

6. Mediante el Memorando N° 145-ST/2014 de fecha 26 de mayo de 2014, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Oficinas Desconcentradas (en adelante, GOD) la realización de una nueva acción de supervisión respecto a las empresas Procomor, Perudata y PIM Soluciones. En respuesta a ello, la GOD remitió las actas de supervisión a las mencionadas empresas.
7. Conforme a sus funciones de órgano instructor, la Secretaría Técnica emitió, con fecha 30 de junio de 2014, el Informe N° 026-STCCO/2014 “Investigación Preliminar: Presuntos actos de competencia desleal en el mercado de acceso a Internet en Iquitos” (en adelante, Informe Preliminar). De acuerdo a este documento, las conductas cuestionadas consistirían en concurrir en el mercado de acceso a Internet sin contar con el título habilitante para ello, debiendo ser evaluadas como presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14° de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

Así, el Informe Preliminar señaló lo siguiente:

- Los títulos habilitantes para la prestación del servicio de acceso a Internet son: el registro de servicios de valor añadido, registro de comercializador y la autorización del MTC, ésta última como excepción para operadores que presten directamente el servicio de valor añadido y requieran de redes propias.
 - Mientras que Perudata, PIM Soluciones y Procomor comercializan el servicio de acceso a Internet a usuarios domiciliarios, las otras empresas señaladas en la Carta N° PCO32-AD013 se dedican a la comercialización del servicio de acceso a Internet a través de establecimientos públicos (cabines) o, en algunos casos, no se encontraron indicios de comercialización del servicio.
 - Existen indicios de que PIM Soluciones viene concurriendo ilícitamente en el mercado de telecomunicaciones al no contar con el título habilitante respectivo para prestar el servicio de acceso a Internet, mientras que Perudata y Procomor actualmente se encontrarían habilitadas para prestar el mencionado servicio, no obstante habrían concurrido ilícitamente durante un periodo determinado.
 - La conducta realizada por las empresas PIM Soluciones, Perudata y Procomor debe ser evaluada como presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, al no haber contado con el título habilitante respectivo para prestar el servicio de acceso a Internet, lo cual les habría permitido un ahorro de costos para adecuar su actividad a la normativa sectorial vigente.
8. Por Resolución N° 106-2014-CD/OSIPTEL de fecha 26 de agosto de 2014 el Consejo Directivo del OSIPTEL designó un Cuerpo Colegiado para que evalúe el inicio de un procedimiento de oficio contra Perudata, PIM Soluciones y Procomor por la presunta realización de actos de competencia desleal en el mercado de acceso a Internet, y de ser el caso, tramite y resuelva el procedimiento que decida iniciar.
 9. Con fecha 29 de agosto de 2014, mediante Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL (en adelante, Resolución de Inicio), el Cuerpo Colegiado resolvió disponer el inicio de un procedimiento de oficio contra Perudata, PIM Soluciones y Procomor por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, conducta tipificada en el artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

Los fundamentos de la Resolución de Inicio fueron los siguientes:

- El acto constitutivo de la presunta infracción en la que habrían incurrido las empresas investigadas consistiría en prestar servicios públicos de telecomunicaciones sin contar con el título habilitante para ello.
- El comportamiento de las empresas investigadas podría constituir una conducta desleal que genera perjuicios al mercado de acceso a Internet, afectando a sus competidores y reduciendo el bienestar de los usuarios finales.
- Las empresas investigadas habrían obtenido una ventaja económica ilícita en relación a sus competidoras que sí incurrieron en los costos requeridos para adecuar su actividad a la normativa vigente. Asimismo, éstas habrían evadido y/o dificultado la supervisión y fiscalización que forma parte de las obligaciones de las empresas operadoras, como aquellas referidas a la normativa de protección de usuarios.

El Cuerpo Colegiado determinó que este procedimiento de oficio sea tramitado de conformidad con el procedimiento regulado por los artículos 68° y siguientes del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Controversias), referidos a los procedimientos que involucran la comisión de infracciones. Asimismo, se dispuso la incorporación del Informe Preliminar al expediente, poniendo dicho documento, conjuntamente con la Resolución de Inicio, en conocimiento de Perudata, PIM Soluciones y Procomor, a fin de que estas empresas presenten sus descargos en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.

10. Mediante escrito presentado el 11 de septiembre de 2014, PIM Soluciones remitió su escrito de descargos.
11. Con fecha 30 de setiembre de 2014, por Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado resolvió (i) tener por presentado el escrito de descargos de PIM Soluciones; (ii) declarar en rebeldía a Perudata y Procomor por no haber presentado sus escritos de descargos en el plazo establecido; y, (ii) dar inicio a la Etapa de Investigación por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, computados desde la notificación de la resolución.
12. Durante el mes de octubre de 2014 se requirió diversa información a las empresas PIM Soluciones, Procomor y Perudata, sobre la prestación del servicio de acceso a Internet que brindan en la ciudad de Iquitos⁴.

⁴ La Secretaría Técnica envió las siguientes comunicaciones el 13 de octubre de 2014:

- Oficio N° 217-STCCO/2014 a PIM Soluciones.
- Oficio N° 218-STCCO/2014 a Procomor.
- Oficio N° 219-STCCO/2014 a Perudata.

Las empresas absolvieron el requerimiento de información a través de los siguientes documentos:

- PIM Soluciones, mediante escrito presentado con fecha 22 de octubre de 2014 cumplió parcialmente con el pedido de información que le fuera realizado. Asimismo, indicó su imposibilidad de cumplir con algún otro requerimiento por motivos económicos.
- Procomor, a través de su escrito presentado el 30 de octubre de 2014 cumplió parcialmente con el requerimiento de información. Al respecto, la Secretaría Técnica envió el Oficio N° 269-STCCO/2014, por el cual se solicitó a Procomor completar la información restante, sin obtener respuesta hasta la fecha.

13. A través del Oficio N° 220-STCCO/2014 de fecha 13 de octubre de 2014, se solicitó a INDECOPI, con ocasión del presente procedimiento, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando para la generalidad de mercados y agentes económicos en materia de actos de violación de normas referidos al supuesto de infracción de normas imperativas por el inciso b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
14. Mediante Oficio N° 107-2014/CCD-INDECOPI de fecha 30 de octubre del 2014, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI dio respuesta al Oficio N° 220-STCCO/2014 presentado por la Secretaría Técnica.
15. Con fecha 12 de febrero de 2015, la Secretaría Técnica emite el Informe Instructivo N° 004-STCCO/2015, en el cual se concluye que Procomor, Perudata y PIM Soluciones habrían incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
16. A través de la Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 13 de febrero de 2015, el Cuerpo Colegiado tiene por presentado y pone en conocimiento de las partes el Informe Instructivo de la Secretaría Técnica; y otorga a las partes el plazo de quince (15) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificada la resolución para la presentación de sus alegatos por escrito.

III. DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA⁵

3.1. Acciones de supervisión realizadas

A efectos de determinar la posible existencia de conductas que afecten la leal competencia, se llevaron a cabo dos acciones de supervisión:

3.1.1. Primera Acción de Supervisión:

Mediante Memorando N° 048-ST/2014, la Secretaría Técnica solicitó a la GFS realizar supervisiones con el objetivo de determinar si los agentes a los que hacía referencia la carta N° PCO32-AD013 enviada por Procomor, venían prestando o han prestado el servicio de acceso a Internet.

En relación a ello, la GFS remitió a la Secretaría Técnica, el Memorando N° 179-GFS/2014, el cual incluyó el Informe N° 001-S.GEVP/LRT/GOD/2014, elaborado por el supervisor de la Oficina Desconcentrada de Loreto, el mismo que fue ampliado mediante Memorando N° 740-GFS/2014.

-
- Perudata, no atendió el requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica. Al respecto, se envió el Oficio N° 268-STCCO/2014 de fecha 29 de diciembre de 2014 reiterándole se sirva remitir la información requerida en el Oficio N° 219-STCCO/2014. Sin embargo, hasta la fecha no se obtuvo respuesta.

⁵ Las diligencias son las realizadas en la etapa de investigaciones preliminares previas al procedimiento, así como en la etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica.

3.1.2. Segunda Acción de Supervisión:

Con la finalidad de determinar la fecha de inicio de operaciones y de obtener mayor información respecto a las tres empresas investigadas (Procomor, Perudata y PIM Soluciones) en el presente procedimiento, la Secretaría Técnica remitió el Memorando N° 145-ST/2014 dirigido a la GOD solicitando la realización de una nueva acción de supervisión.

A modo de resumen, y tomando en consideración el orden de las acciones de supervisión, las empresas investigadas señalaron lo siguiente⁶:

A) PIM Soluciones

- Durante la acción de supervisión se conversó con la señora Margarita Piña, quien solicitó que el pedido de información se haga de forma escrita. Asimismo, se adjuntó una proforma sobre los planes que ofrece por servicio de acceso a Internet.
- El 29 de mayo de 2014, el señor Giancarlo Vega Pinedo -funcionario responsable del OSIPTEL- levantó un acta de supervisión en Jr. Prospero N° 388, Iquitos, en presencia del señor Alfonso Montes Mejía, quien señaló como representante legal de la empresa a la señora Margarita Piña Guerra. Asimismo, indicó que la empresa presta el servicio de acceso a Internet en los distritos de Punchana y San Juan, habiendo iniciado operaciones en setiembre de 2012 y que a la fecha continúan brindando el servicio aunque no cuentan con ningún abonado activo. Se adjuntó al acta de supervisión un volante informativo de la empresa.

B) Perudata

- Durante la acción de supervisión se conversó con el señor Josué Sinti Villacres, quien señaló que el servicio de acceso a Internet se brinda desde hace aproximadamente 8 meses y cuentan con un contrato de concesión. Asimismo, se adjuntó una proforma sobre los planes que ofrece por servicio de acceso a Internet.
- El 11 de junio de 2014, el señor Giancarlo Edson Vega Pinedo –funcionario responsable de OSIPTEL– levantó un acta de supervisión en Calle Faning N° 170, Iquitos, en presencia de la señora Shirley Sanchez, quien manifestó necesitar de una carta formal para brindar información.

C) Procomor

- El 29 de mayo de 2014, el señor Giancarlo Edson Vega Pinedo –funcionario responsable de OSIPTEL– levantó un acta de supervisión en Calle Ramón Castilla N° 1168, Iquitos, en presencia de la señora Manuela de Jesús Huertas Bardales, quien señaló ser la representante legal de la empresa y que ésta brinda el servicio de acceso a Internet en Iquitos y parte de San Juan. Asimismo, indicó que el inicio

⁶ Solo serán señaladas las acciones de supervisión hechas a las empresas investigadas: Perudata, PIM Soluciones y Procomor, las cuales comercializan el servicio de acceso a Internet a usuarios domiciliarios, las otras empresas señaladas en la Carta N° PCO32-AD013 se dedican a la comercialización del servicio de acceso a Internet a través de establecimientos públicos (cabinas) o, en algunos casos, no se encontraron indicios de comercialización del servicio.

de operaciones fue el 1 de noviembre de 2012 y que continúan brindado el servicio pero a la fecha cuentan con dieciocho (18) abonados activos. Se adjuntó una copia de boleta de venta de un abonado y la copia de una proforma.

3.2. Requerimientos de información a las partes⁷

A) PIM Soluciones

Mediante Oficio N° 217-STCCO/2014, de fecha 13 de octubre de 2014, la Secretaría Técnica requirió a PIM Soluciones que cumpla con informar lo siguiente: (i) indicar los servicios y/o tráfico que brinda, especificando la modalidad de prestación del servicio, así como el área en la cual desarrolla su actividad; (ii) especificar la tarifa, el número y el tipo de paquetes que ofrece por el servicio de acceso a Internet en cada una de las zonas donde opera desde setiembre de 2012 a setiembre de 2014; (iii) número mensual de abonados a los que ha prestado el servicio de acceso a Internet durante el periodo de setiembre de 2012 a setiembre 2014; (iv) número de altas nuevas que registró su empresa desde setiembre de 2012 a setiembre 2014 para el servicio de acceso a Internet, desagregado de manera mensual; (v) ingresos brutos y netos del periodo de setiembre de 2012 a setiembre 2014, obtenidos por la comercialización del servicio de acceso a Internet, desagregado por mes; (vi) el estado de ganancias y pérdidas de la empresa correspondiente a los años 2012, 2013 y 2014. (vii) de ser el caso, listar el nombre de los proveedores del servicio de acceso a Internet que son comercializados por su empresa. Asimismo, le fueron solicitados los contratos de comercialización con empresas proveedoras del servicio del servicio de acceso a internet, así como los documentos que acrediten los pagos a FITEC correspondientes a los años 2013 y 2014.

En respuesta a lo solicitado, PIM Soluciones presentó un escrito de fecha 22 de octubre de 2014 por el cual atendió parcialmente el requerimiento de información de la Secretaría Técnica, señalando, entre otros aspectos, no estar en la capacidad económica para completar la información restante.

B) Procomor

Mediante Oficio N° 218-STCCO/2014, de fecha 13 de octubre de 2014, la Secretaría Técnica requirió a Procomor cumpla con informar lo siguiente: (i) indicar los servicios y/o tráfico que brinda, especificando la modalidad de prestación del servicio, así como el área en la cual desarrolla su actividad; (ii) especificar la tarifa, el número y el tipo de paquetes que ofreció por el servicio de acceso a Internet en cada una de las zonas donde operó durante el periodo de mayo de 2012 a julio de 2013; (iii) número mensual de abonados a los que ha prestado el servicio de acceso a Internet durante el periodo de mayo de 2012 a julio de 2013. (iv) número de altas nuevas que registró su empresa desde mayo de 2012 a julio de 2013 para el servicio de acceso a Internet, desagregado de manera mensual; (v) ingresos brutos y netos del periodo de mayo de 2012 a julio de 2013, obtenidos por la prestación del servicio de acceso a Internet, desagregados por mes; (vi) el estado de ganancias y pérdidas de la empresa correspondientes a los años 2012 y 2013. Asimismo, se requirió los documentos que acrediten los pagos a FITEC correspondiente al año 2013.

⁷ Debido a que los requerimientos de información se refieren solo al envío de datos objetivos, la STCCO no detallará las respuestas de las empresas investigadas a las cuales se les requirió información respecto a su situación y actuación en el mercado de acceso a Internet.

A través del escrito presentado el 30 de octubre de 2014, la señora Manuela de Jesús Huerta Bardales⁸, adjuntó parte de la información que le fuera solicitada por la Secretaría Técnica a Procomor. No obstante, mediante Oficio N° 269-STCCO/2014, la Secretaría Técnica le solicitó a dicha empresa completar la información que le fuera requerida en el Oficio N° 218-STCCO/2014, así como corregir algunos datos. Sin embargo, hasta la fecha no se ha obtenido respuesta por parte de esta empresa.

C) Perudata

A través del Oficio N° 219-STCCO/2014 de fecha 13 de octubre de 2014, la Secretaría Técnica requirió a Perudata que cumpla con informar lo siguiente: (i) indicar los servicios y/o tráfico que brinda, especificando la modalidad de prestación del servicio, así como el área en la cual desarrolla su actividad; (ii) especificar la tarifa, el número y el tipo de paquetes que ofreció por el servicio de acceso a Internet en cada una de las zonas donde operó durante el periodo de junio de 2013 a noviembre de 2013; (iii) número mensual de abonados a los que ha prestado el servicio de acceso a Internet durante el periodo de junio de 2013 a noviembre de 2013. (iv) número de altas nuevas que registró su empresa desde junio de 2013 a noviembre de 2013 para el servicio de acceso a Internet, desagregado de manera mensual; (v) ingresos brutos y netos del periodo de junio de 2013 a noviembre de 2013, obtenidos por la comercialización del servicio de acceso a Internet, desagregados por mes; (vi) el estado de ganancias y pérdidas de la empresa correspondiente al año 2013; (vii) listar el nombre de los proveedores del servicio de acceso a Internet que son comercializados por su empresa. Asimismo, se solicitó remitir los contratos de comercialización que mantuviera con empresas proveedoras del servicio de acceso a Internet.

Al no haber obtenido respuesta de esta empresa, la Secretaría Técnica envió el Oficio N° 268-STCCO/2014 de fecha 29 de diciembre de 2014 reiterándole se sirva remitir la información requerida en el Oficio N° 219-STCCO/2014. Sin embargo, a la fecha no se obtuvo respuesta de esta empresa.

3.3. Requerimiento de información solicitada a INDECOPI

Conforme a lo dispuesto por el artículo 74° del Reglamento de Controversias, la Secretaría Técnica dirigió el Oficio N° 220-STCCO/2014 de fecha 13 de octubre de 2014, a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, solicitando la remisión de un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios imperativos que viene aplicando el INDECOPI en materia de prácticas desleales en la modalidad de violación de normas. Mediante Oficio N° 107-2014/CCD-INDECOPI de fecha 30 de octubre del 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI dio respuesta al referido oficio, adjuntando jurisprudencia en la cual se determinó la existencia de ventaja significativa en supuestos en los que el agente económico no acreditó documentalmente la tenencia de los títulos habilitantes necesarios para concurrir en el mercado investigado, así como otros criterios relevantes para el análisis de las prácticas objeto del presente procedimiento⁹.

⁸ Quien de acuerdo a la acción de supervisión realizada el 29 de mayo de 2014, sería representante de Procomor.

⁹ Se adjuntaron las siguientes resoluciones:

3.4. Requerimiento de información solicitada al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC)

Mediante Carta N° 010-ST/2014, de fecha 23 de abril de 2014, la Secretaría Técnica requirió a la Dirección General de Concesiones en Telecomunicaciones del MTC información sobre los títulos que habilitarían a las empresas Procomor, PIM Soluciones y Perudata a prestar o comercializar el servicio de acceso a Internet en la provincia de Maynas, departamento de Iquitos, adjuntando el siguiente cuestionario: (i) si las empresas investigadas cuentan con registro vigente que las habiliten a prestar el servicio de valor añadido de acceso a Internet o a comercializarlo, detallando el número, fecha y naturaleza del registro; (ii) si han estado inscritas en el Registro de Empresas de Valor Añadido o en el Registro de Comercializadores, detallando el número de registro, el acto que deja sin efecto el registro y el periodo en que estuvo vigente; (iii) el área de cobertura y/o comercialización.

A través de Oficio N° 19214-2014-MTC/27, de fecha 16 de mayo de 2014, el MTC dio respuesta al requerimiento de la Secretaría Técnica. En ese sentido, señalaron que según su base de datos la empresa PIM Soluciones no contaba con ningún título habilitante para prestar el servicio de acceso a Internet, mientras que Perudata contaba con inscripción vigente en el registro de comercializadores N° 348-CO desde el 4 de noviembre de 2013, siendo su área de comercialización a nivel nacional y la empresa Procomor tenía concesión única otorgada con Resolución Ministerial N° 262-2012-MTC/03 del 24 de mayo de 2012 y, además, estaba inscrita en el registro de empresas prestadoras de servicios de valor añadido N° 429-VA, desde el 02 de julio de 2013, siendo el área de cobertura de la concesión a nivel nacional y el área de cobertura del servicio de valor añadido la provincia de Maynas.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

Es preciso señalar que sólo PIM Soluciones presentó sus descargos en el presente procedimiento.

4.1. PIM Soluciones

En su escrito de descargos presentado el 11 de septiembre de 2014, PIM Soluciones ha sostenido su posición en los siguientes términos:

-
- Copia de la Resolución N° 015-2013/CCD-INDECOPI del 30 de enero de 2013.
 - Copia de la Resolución N° 017-2013/CCD-INDECOPI del 6 de febrero de 2013.
 - Copia de la Resolución N° 1515-2013/SCD-INDECOPI del 10 de septiembre de 2013.
 - Copia de la Resolución N° 075-2013/CCD-INDECOPI del 10 de abril de 2013.
 - Copia de la Resolución N° 1965-2013/SDC-INDECOPI del 21 de noviembre de 2013.
 - Copia de la Resolución N° 2250-2013/SDC-INDECOPI del 3 de diciembre de 2013.
 - Copia de la Resolución N° 107-2013/CCD-INDECOPI del 8 de mayo de 2013.
 - Copia de la Resolución N° 129-2013/CCD-INDECOPI del 12 de junio 2013.
 - Copia de la Resolución N° 143-2014/SDC-INDECOPI del 3 de febrero de 2014.
 - Copia de la Resolución N° 216-2013/CCD-INDECOPI del 23 de agosto de 2013.
 - Copia de la Resolución N° 483-2014/SDC-INDECOPI del 22 de abril de 2014.
 - Copia de la Resolución N° 123-2014/CCD-INDECOPI del 3 de junio de 2014.

- PIM Soluciones dejó de funcionar en enero de 2014, al haber perdido su clientela ante el ingreso de la empresa Telefónica del Perú al mercado de servicio de acceso a Internet.
- Los ingresos producto del servicio de cabinas de internet que actualmente brinda la empresa no son suficientes para cubrir los gastos operativos o para el pago de deudas que fueron generadas por los clientes de la empresa.
- Los equipos de la empresa están siendo vendidos con el fin de pagar las deudas que ésta mantiene, las cuales al estar vigentes hasta fines del 2015, hacen que el RUC de la empresa se mantenga activo.
- PIM Soluciones desconocía la necesidad de obtener algún permiso especial para comercializar el servicio de acceso a Internet, al creer que se trataba de frecuencias libres según le indicaron sus proveedores. Al respecto, durante el año 2013 tuvieron como proveedor a la empresa COLINANET S.R.L., quien además les vendió los equipos satelitales.
- La existencia de algunas antenas de WIFI instaladas en los techos de ex clientes se debería a que éstos se apropiaron ilícitamente de las mismas. Asimismo, la torre con antenas que está instalada en la oficina de la empresa se encuentra inoperativa y si hasta la fecha no se ha desmontado es por falta de personal y recursos económicos para hacerlo.

V. INFORME INSTRUCTIVO Nº 004-STCCO/2015 DE FECHA 12 DE FEBRERO DE 2015

Conforme a lo desarrollado en el Informe Instructivo, luego de una evaluación de las investigaciones realizadas durante la tramitación del procedimiento, la Secretaría Técnica determinó lo siguiente respecto de los imputados:

Respecto a PIM Soluciones: Se corroboró que PIM Soluciones habría prestado el servicio de acceso de Internet domiciliario por lo menos desde setiembre de 2012 (según lo señalado por un dependiente de la empresa) hasta enero de 2014 sin contar con título habilitante alguno.

Respecto a Perudata: Según información proporcionada por el MTC, esta empresa cuenta con inscripción en el Registro de Comercializadores desde el 4 de noviembre de 2013, habiendo empezado a brindar el servicio de acceso a Internet aproximadamente en julio de 2014. En ese sentido, habría un periodo aproximado de 4 meses en el cual Perudata habría prestado el mencionado servicio sin contar con el título habilitante respectivo.

Respecto a Procomor: Procomor habría prestado el servicio de acceso a Internet sin contar con el título habilitante respectivo durante el periodo del 01 de noviembre de 2012 (según lo manifestado por su representante legal) al 02 de julio de 2013 (fecha de la inscripción de la empresa en el registro de valor añadido).

En relación a lo anterior, la Secretaría Técnica concluyó lo siguiente:

- Conforme a la información obtenida, ha quedado acreditado que PIM Soluciones, Procomor y Perudata concurrieron ilícitamente en el mercado, al no contar con título que las habilite a prestar el servicio de acceso a Internet durante un periodo determinado, obteniendo con ello una ventaja significativa en el mercado.
- Se recomendó al Cuerpo Colegiado declarar fundada la denuncia de oficio contra las empresas investigadas y sancionarlas por la infracción del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

VI. ALEGATOS DE LAS PARTES AL INFORME INSTRUCTIVO

En relación a lo establecido mediante Resolución N° 003-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 13 de febrero de 2015, las partes tenían el plazo de quince (15) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificada la resolución para la presentación de sus alegatos al Informe Instructivo emitido por la Secretaría Técnica.

De una revisión del expediente se observa que la referida resolución fue notificada a PIM Soluciones, Perudata y Procomor el 19 de febrero de 2015¹⁰. Al respecto, cabe indicar que las partes no han presentado alegatos al Informe Instructivo.

VII. CUESTIONES PREVIAS

7.1. De la conducta procedimental de las empresas investigadas

El presente procedimiento se resuelve en atención a los medios probatorios que obran en el expediente, el cual tiene como finalidad determinar si Procomor, PIM Soluciones y Perudata habrían incurrido en las infracciones que se les imputan. En ese sentido, el Cuerpo Colegiado valorará todos los medios probatorios que obran en el expediente de manera conjunta y se pronunciará respecto a la existencia de los hechos e infracciones materia de la controversia, sobre la base de la certeza o convicción que la evaluación de tales medios probatorios le haya generado.

Asimismo, siendo que la protección de la leal competencia en el mercado constituye uno de los aspectos más importantes del orden público económico; la Secretaría Técnica ha procurado producir las pruebas necesarias durante la etapa de investigación para llegar a la verdad material. Al respecto, conforme a la naturaleza de la conducta investigada se ha requerido información diversa respecto a la participación en el mercado en que compiten Procomor, PIM Soluciones y Perudata en el período de la realización de las conductas imputadas.

Al respecto, cabe indicar que, según el principio de conducta procedimental¹¹, la autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en

¹⁰ En el caso de Perudata y Procomor se efectuó notificación bajo puerta.

¹¹ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

“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.

(...)

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.

Así, los administrados en general, aunque no se hayan apersonado a un procedimiento, son responsables de entregar la información solicitada por la autoridad administrativa. En efecto, conforme a las normas pertinentes de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, la administración puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones o la presentación de documentos así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba¹²; y, a su vez, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material¹³.

No obstante lo anterior, en el presente procedimiento, se observa que las partes no han actuado conforme a sus deberes de diligencia y colaboración, brindando en ocasiones información parcial o, simplemente, no contestando los requerimientos de información efectuados por la Secretaría Técnica.

Así, en el caso de Perudata, mediante Oficio N° 219-STCCO/2014, de fecha 13 de octubre de 2014, la Secretaría Técnica le solicitó información relacionada a su participación en el mercado de acceso a Internet, indicando como plazo máximo para su presentación el de diez (10) días hábiles. Vencido en exceso el plazo otorgado, la Secretaría Técnica reiteró su pedido mediante oficio N° 268-STCCO/2014 de fecha 29 de diciembre de 2014, otorgándole un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, siendo que hasta la fecha Perudata no ha cumplido con lo solicitado.

Respecto a las empresas Procomor y PIM Soluciones, la Secretaría Técnica a través de los Oficio N° 218-STCCO/2014 y Oficio N° 217-STCCO/2014, respectivamente, ambos de fecha 13 de octubre de 2014, requirió la misma información que a Perudata, otorgándole a las mencionadas empresas el plazo máximo de diez (10) días hábiles para cumplir con lo requerido. En respuesta a lo solicitado, Procomor en su escrito presentado el 30 de octubre de 2014 adjuntó parte de la información que le fuera solicitada, por lo cual, mediante Oficio N° 269-STCCO/2014, del 29 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica le solicitó completar la información que le fuera requerida

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.”

¹² **Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 169º.- Solicitud de pruebas a los administrados

169.1 La autoridad puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones, la presentación de documentos o bienes, el sometimiento a inspecciones de sus bienes, así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba. Para el efecto se cursa el requerimiento mencionando la fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento.

(...)”

¹³ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 57º.- Suministro de información a las entidades

(...)”

57.2. En los procedimientos investigatorios los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material, conforme a lo dispuesto en el capítulo sobre la instrucción.”

en el Oficio N° 218-STCCO/2014, así como corregir algunos datos¹⁴; sin embargo, no se obtuvo respuesta por parte de esta empresa.

Asimismo, PIM Soluciones presentó un escrito de fecha 22 de octubre de 2014 por el cual atendió parcialmente el requerimiento de información de la Secretaría Técnica, señalando no estar en la capacidad económica para completar la información restante.

Cabe indicar que a la descripción de la conducta procesal no adecuada que han tenido las empresas investigadas habría que agregarle el hecho de que Perudata y Procomor han sido declaradas en rebeldía mediante Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL por no haberse apersonado al procedimiento, mientras que ninguna de las empresas investigadas ha cumplido con presentar sus descargos al Informe Instructivo.

Conforme a ello, este Cuerpo Colegiado considera que en el caso de Perudata, esta empresa ha incumplido con la diligencia y colaboración en lo que respecta al deber de proporcionar información a la autoridad administrativa, a pesar de que en dichos requerimientos se le indicó que dicha información era necesaria *“con el fin de contar con elementos de juicio que permitan resolver los distintos aspectos de esta controversia”* y que la entrega de la misma era de alta importancia. Dicha conducta procesal será tomada en cuenta en relación a lo que se determine en la presente resolución.

Por su parte, si bien las empresas PIM Soluciones y Procomor cumplieron parcialmente con los requerimientos de información de la Secretaría Técnica, es necesario valorar que a pesar de la imposibilidad económica manifestada por PIM Soluciones y de que Procomor no presentó sus descargos a la Resolución que dio inicio al presente procedimiento, ambas han brindado gran parte de la información que les fuera solicitada, permitiendo que los datos restantes sean sustituidos con otra información obtenida por la Secretaría Técnica, lo cual también será tomado en cuenta.

VIII. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS

De acuerdo a los antecedentes y medios probatorios que obran en el expediente, este Cuerpo Colegiado deberá determinar si Procomor, Perudata y PIM Soluciones habrían incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto contemplado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, al presuntamente haber prestado servicios públicos de telecomunicaciones sin contar con el título habilitante para ello.

En ese sentido, se procederá a determinar si las empresas mencionadas han prestado el servicio de acceso a Internet sin contar con título habilitante, generando así una ventaja competitiva propia del acto de competencia desleal por violación de normas.

8.1. Los actos de violación de normas. Normativa y criterios aplicables.

¹⁴ Se solicitó a Procomor completar la información requerida mediante Oficio N° 218-STCCO/2014, respecto a la modalidad de prestación del servicio de acceso a Internet, el área en la cual desarrolla su actividad y el estado de ganancias y pérdidas de la empresa correspondiente al año 2013. Asimismo, le fue solicitado corregir la información referida a los ingresos brutos y netos del periodo de mayo de 2012 a julio de 2013, obtenidos por la prestación del servicio de acceso a Internet, al haberse consignado la misma cifra para dos conceptos diferentes como son los ingresos brutos e ingresos netos.

De acuerdo a la Ley de Represión de Competencia Desleal, 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. Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que debe orientar la concurrencia en una economía social de mercado¹⁵.

Una de las modalidades del acto desleal se encuentra establecida expresamente en el artículo 14º de la Ley de Represión de Competencia Desleal, como actos de violación de normas:

“Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

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

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. (...)* (El subrayado es nuestro).

El artículo 14.1 de la Ley de Represión de Competencia Desleal establece que constituye acto de competencia desleal por violación de normas el valerse de una ventaja significativa lograda a través de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de una norma imperativa. Como se puede observar, el acto de violación de normas presenta dos elementos: (i) una conducta consistente en la infracción de una norma; y, (ii) un efecto real o potencial que radica en la consecución de una ventaja competitiva significativa como resultado de la infracción.

En relación a la acreditación de la infracción de una norma imperativa, el artículo 14.2 de la misma ley establece dos supuestos, siendo el primero cuando se pruebe la

¹⁵ **Ley de Represión de la Competencia Desleal**

“Artículo 6.- Cláusula general.-

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

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

decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique la infracción. El segundo supuesto para acreditar la infracción a la que hace referencia la norma es cuando una persona¹⁶ que se encuentra sujeta a cumplir con ciertos requisitos (contar con autorizaciones, contratos o títulos) que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no cumple con los mismos. En dicho escenario, la realización de esta actividad económica sin cumplir con dichos requisitos, constituye un acto de competencia desleal en la medida que el agente infractor no incurre en los costos requeridos para adecuar su actividad a los parámetros establecidos por la norma vigente.

Asimismo, respecto a este segundo supuesto, la omisión, negativa o imposibilidad de exhibir o entregar los respectivos títulos evidencia la existencia de la infracción del ordenamiento que exige contar con éstas, siendo suficiente que la persona no determine la existencia del título habilitante respectivo para que la infracción quede acreditada.

Considerando que en el presente procedimiento, las conductas investigadas están relacionadas a la oferta del servicio de acceso a Internet sin contar con el título habilitante para concurrir lícitamente en dicho mercado, será aplicable el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En ese sentido, en el presente caso resulta relevante identificar el título habilitante que se requiere para la prestación del servicio de acceso a Internet a efectos de determinar si las empresas investigadas cuentan o no con el mismo.

8.2. Aplicación al caso materia de análisis

En atención a lo señalado en la descripción de la figura respecto a la controversia en cuestión, se analizará (i) el título habilitante que resulta exigible para prestar el servicio de acceso a Internet; (ii) si las empresas investigadas efectivamente han concurrido en el mercado antes señalado sin contar con título habilitante; y (iii) si dicha posible infracción ha generado una ventaja significativa para el infractor.

8.2.1. Respecto al título habilitante exigible a las empresas investigadas

Con relación a este punto, es preciso señalar que de acuerdo al Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, Ley de Telecomunicaciones), el servicio de conmutación de datos por paquetes¹⁷, comúnmente conocido como servicio de acceso a Internet, constituye un servicio de valor añadido. Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), a

¹⁶ Entiéndase por “persona” a todos los supuestos calificados en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1044.

¹⁷ Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

“Artículo 99.- Clasificación

Son servicios de valor añadido los siguientes:

(...)

13. Servicio de conmutación de datos por paquetes.- Es el servicio que sin utilizar redes propias, fracciona de acuerdo a una secuencia o trama, las señales de datos en tamaño normalizado denominados paquetes, utilizando las normas X.25 y X.75 de la CCITT.

Este servicio puede incluir modalidades de nuevas tecnologías similares.

(...)”

diferencia de otros servicios públicos de telecomunicaciones, para los prestadores de servicios de valor añadido, el régimen de concesión no resulta aplicable, siendo necesaria para estos su inscripción en el Registro de Empresas Prestadoras de Servicios de Valor Añadido del MTC, bajo los términos del artículo 190° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones:

“Artículo 190°.- Requisitos

Las personas naturales o jurídicas que deseen prestar servicios de valor añadido, deberán inscribirse en un registro que para tal fin llevará el órgano competente del Ministerio. La inscripción deberá efectuarse previamente al inicio de la prestación del servicio respectivo.

La inscripción se realizará presentando una declaración jurada a través del formulario que les será proporcionado por el órgano competente del Ministerio, en el que se anotarán entre otros datos, los siguientes:

- 1. Identificación del titular del servicio.*
- 2. Clase de servicios.*
- 3. Área de cobertura del servicio.*
- 4. Identificación de los equipos a ser utilizados.*

La omisión de la inscripción está sujeta a las sanciones establecidas en la Ley y el Reglamento.”

En ese sentido, el título habilitante exigible a los prestadores de servicios de valor añadido a efectos que ingresen al mercado es el referido registro, siendo que de no llevarse a cabo la inscripción respectiva, se configuraría una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones¹⁸.

Cabe señalar que, tanto la Ley de Telecomunicaciones¹⁹ como el Reglamento²⁰ reconocen una excepción respecto a la exigencia del registro, indicando que en aquellos casos en los que la instalación, operación y prestación de los servicios de valor añadido, requieran la instalación y operación de redes propias distintas a las de los servicios portadores o teleservicios, el título habilitante exigible será la autorización del MTC.

¹⁸ **Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones**

“Artículo 260.- Infracciones graves

Constituyen infracciones graves, además de las tipificadas en el artículo 88 de la Ley, las siguientes:

(...)

3. No cumplir con la inscripción en el registro del servicio de valor añadido que la persona preste.

(...)”

¹⁹ **Ley de Telecomunicaciones**

“Artículo 33.- La instalación y operación de redes propias que se requieran para brindar los servicios de valor añadido, distintas a los de los servicios portadores o teleservicios o de difusión, requerirá expresa autorización del titular del Sector o de la dependencia que éste delegue. El procedimiento para obtener dicha autorización se sujeta al silencio administrativo positivo si las redes únicamente utilizan medio físico, y se sujeta al silencio administrativo negativo motivado, si las redes utilizan medio radioeléctrico.”

²⁰ **Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones**

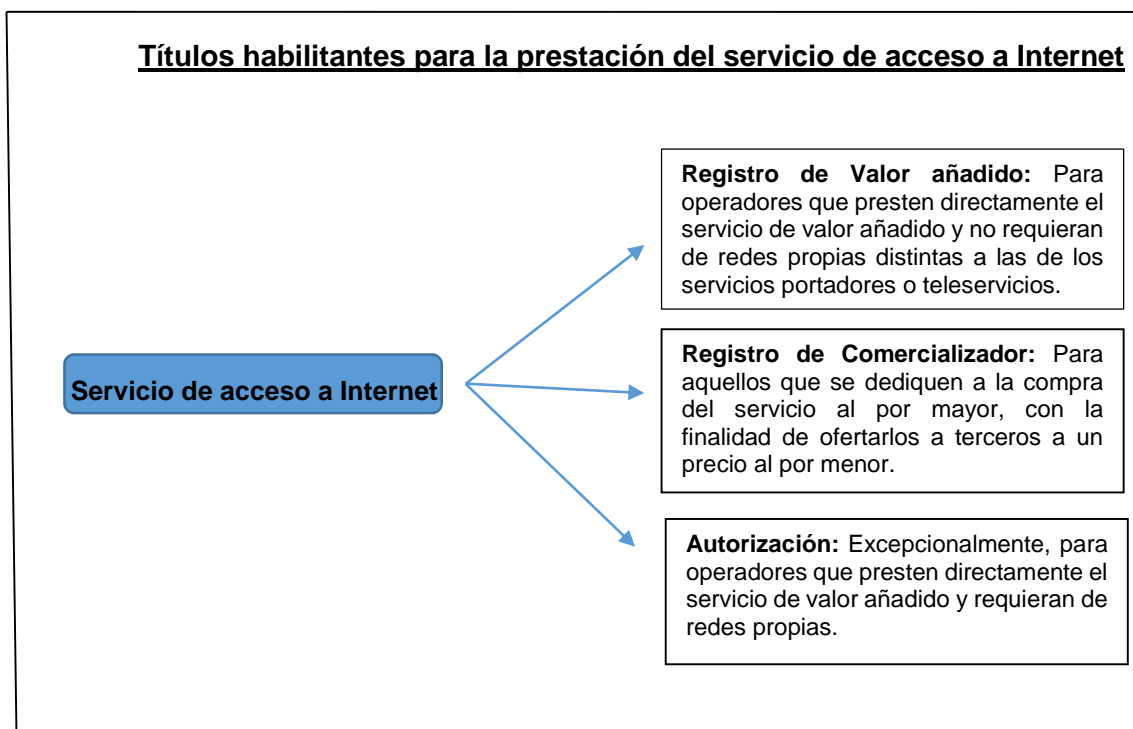
“Artículo 189.- Autorización de redes propias

La instalación, operación y prestación de los servicios de valor añadido no requiere de autorización previa del Ministerio, salvo que se trate de servicios de valor añadido que requieran de redes propias distintas a las de los servicios portadores o teleservicios, los cuales están sujetos al régimen establecido en el artículo 101.”

De otro lado, resulta relevante señalar que la prestación del servicio de acceso a Internet, además de ser realizada por empresas de valor añadido debidamente registradas, puede realizarse también por comercializadores del referido servicio. Al respecto, debe indicarse que el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, define la comercialización como *“la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compra tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros al por menor”*

Con relación a los comercializadores, el propio Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones²¹ establece que estos también deberán contar con el registro respectivo, salvo que se haya establecido alguna excepción. En ese sentido, la regla general establece que los comercializadores del servicio de acceso a Internet, requieren como título habilitante de un registro, específicamente el Registro de Comercializadores.

A manera de resumen, el siguiente gráfico permite apreciar los distintos títulos que habilitan la prestación del servicio de acceso a Internet:



Un aspecto adicional que conviene señalar es el referido a la prestación del servicio de acceso a Internet en establecimientos públicos (cabinas), el cual puede ser considerado como una excepción al régimen de los comercializadores, dado que de

²¹ **“Artículo 138.- Comercialización o reventa**

1. *Se entiende por comercialización o reventa a la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compra tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros al por menor. Los revendedores o comercializadores deberán registrarse en el Registro de Comercializadores, salvo las excepciones que establezca el MTC. (...)”*

conformidad con lo establecido en los “Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones” aprobado mediante el Decreto Supremo N° 020-98-MTC y modificatorias²², dichos establecimientos no requieren de título habilitante expedido por el MTC para su funcionamiento.

En atención a lo antes mencionado, corresponde evaluar cada caso en particular a efectos de determinar si a los agentes investigados les resulta exigible o no algún título habilitante, así como, de ser el caso, el tipo de título habilitante específico que resultaría exigible a cada agente económico.

8.2.2. Respecto a la concurrencia de las empresas investigadas en el mercado de acceso a Internet sin contar con título habilitante

- **PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L.**

Como se señaló previamente, durante la acción de supervisión realizada con fecha 29 de mayo de 2014, el señor Giancarlo Vega Pinedo -funcionario responsable del OSIPTEL- levantó un acta de supervisión en Jr. Próspero N° 388, Iquitos, en presencia del señor Alfonso Montes Mejía, quien señaló como representante legal de la empresa a la señora Margarita Piña Guerra. Asimismo, dicha persona indicó que la empresa presta el servicio de acceso a Internet en los distritos de Punchana y San Juan, habiendo iniciado operaciones en setiembre de 2012 y que a la fecha indicada continuaban brindando el servicio aunque no contaban con ningún abonado activo.

Adicionalmente, debe indicarse que en la mencionada acción de supervisión se recabó un volante informativo en el que se advierte que la empresa en cuestión ofrece el servicio de acceso a Internet domiciliario, el cual se copia a continuación:

The flyer is for PIM Soluciones Inalámbricas. It features a globe icon with a URL 'http://www.' and a speedometer graphic showing 'Velocidad de Conexión 192MB'. The company name 'PIM' is in large, stylized letters, followed by 'Soluciones Inalámbricas'. Below this, a banner reads '“Aquí También Llego EL INTERNET de BANDA ANCHA”'. The pricing section is divided into two columns. The left column lists 'INSTALACIÓN S/. 100.00' and 'MENSUALIDADES: PERSONAL (Hasta 2 Computadoras) S/. 150.00' and 'DOMESTICO (Hasta 3 Computadoras) S/. 200.00'. The right column is titled 'INFORMES' and provides contact information: 'Jr. Próspero N° 388 - Telf.: 23-2685' and 'Cel.: 965-986989 - RPM: #802688'. At the bottom right, it says 'INSCRIBETE AHORA'.

INSTALACIÓN	S/. 100.00	INFORMES Jr. Próspero N° 388 - Telf.: 23-2685 Cel.: 965-986989 - RPM: #802688 INSCRIBETE AHORA
MENSUALIDADES:		
PERSONAL (Hasta 2 Computadoras)	S/. 150.00	
DOMESTICO (Hasta 3 Computadoras)	S/. 200.00	

²² “115.- Establecimientos públicos de acceso a Internet

Los establecimientos públicos de acceso a Internet no requieren de título habilitante por parte del Ministerio para su funcionamiento.

Sin perjuicio de lo establecido, la actividad señalada en el párrafo anterior deberá realizarse a través de las redes de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones y la provisión del servicio de acceso a internet se hará por medio de un prestador de servicios de valor añadido debidamente registrado.”

Cabe señalar que, también en la comunicación de Procomor de fecha 16 de diciembre de 2013, se puede apreciar documentación que acredita que PIM Soluciones presta o ha prestado el servicio de acceso a Internet (cotización).

De otro lado, respecto al periodo de prestación del servicio, es preciso indicar que mediante comunicación de fecha 22 de octubre de 2014, PIM Soluciones indicó que *“El proveedor que Tuvimos de Internet fue la empresa Colinanet SRL. Todo el año 2013 hasta Enero 2014 y en el año 2012 tuvimos como proveedor a TELMEX”* (sic).

En ese sentido, de acuerdo a la evidencia contenida en expediente, se ha acreditado que PIM Soluciones ha prestado el servicio de acceso a Internet domiciliario, por lo menos desde setiembre de 2012 hasta enero de 2014.

Asimismo, de acuerdo a la información remitida por el MTC, dicha empresa no cuenta con título habilitante alguno. Cabe señalar que PIM Soluciones, al contratar el servicio de acceso a Internet de empresas como Colinanet S.R.L. y Telmex Perú S.A. (ahora América Móvil Perú S.A.C.) ambas con registro de empresas de valor añadido²³, estaría operando como un comercializador del servicio de acceso a Internet. En tal sentido, el título habilitante que requeriría es el Registro de Comercializador.

- **Perudata Comunicaciones S.A.C.:**

Durante la primera acción de supervisión realizada, el representante del OSIPTEL conversó con el señor Josué Sinti Villacres en el local de la empresa ubicado en Calle Fanning N° 170, Loreto – Maynas – Iquitos, quien señaló que el servicio de acceso a Internet se brinda desde “hace aproximadamente 8 meses” y “cuentan con un contrato de concesión”. Asimismo, se recabó una proforma sobre los planes que ofrece por servicio de acceso a Internet, con información similar a la remitida por Procomor en su escrito de fecha 16 de diciembre de 2013.

En la segunda acción de supervisión, realizada el 11 de junio de 2014, el funcionario responsable de OSIPTEL levantó un acta de supervisión en la dirección antes indicada, en presencia de la señora Shirley Sánchez, quien manifestó necesitar de una carta formal para brindar información.

De otro lado, de acuerdo a la información remitida por el MTC, Perudata cuenta con inscripción vigente en el Registro de Comercializadores para la prestación de dicho servicio desde el 4 de noviembre de 2013. En ese sentido, el título habilitante que resultaba exigible a esta empresa es el Registro de Comercializador.

En atención a lo anterior, dado que de acuerdo a la información señalada por el señor Josué Sinti Villacres, trabajador de la empresa, ésta habría empezado a prestar el servicio de acceso a Internet aproximadamente ocho (08) meses antes del mes de marzo (mes del Informe N° 001-S.GEVP/LRT/GOS/2014), habría un periodo en el cual se habría prestado el servicio sin contar con el título habilitante respectivo.

²³ De conformidad con la información contenida en la página web del MTC.

http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/registros/evs/Registro_VA.htm

Es importante tener en consideración la negativa de la representante de Perudata Comunicaciones S.A.C., para brindar mayor información al supervisor de la Oficina Desconcentrada de Loreto, lo que constituye un elemento adicional para presumir un posible incumplimiento. Asimismo, es importante tener en consideración que en el presente procedimiento de solución de controversias, esta empresa fue declarada rebelde al no haber presentado sus descargos respectivos, siendo que hasta la fecha no se ha apersonado al procedimiento, ni ha atendido los requerimientos de información efectuados.

- **Proveedor de Comunicaciones del Oriente S.R.L. (Procomor)**

En este caso, durante la acción de supervisión del 29 de mayo de 2014, realizada por el señor Giancarlo Edson Vega Pinedo –funcionario responsable de OSIPTEL-, la señora Manuela de Jesús Huertas Bardales, representante legal de la empresa, señaló que Procomor brinda el servicio de acceso a Internet en Iquitos y parte de San Juan, habiendo iniciado sus operaciones el 01 de noviembre de 2012. Asimismo, indicó que continúan brindado el servicio, pero que a la fecha solamente cuentan con dieciocho (18) abonados activos.

De otro lado, de acuerdo a la información remitida por el MTC, si bien Procomor cuenta con concesión única desde el 24 de mayo de 2012, el título habilitante para prestar el servicio de acceso a Internet, esto es, su Registro de Valor Añadido, recién fue obtenido el 02 de julio de 2013.

En tal sentido, de acuerdo a la información contenida en el expediente, Procomor habría prestado el servicio durante el periodo del 01 de noviembre de 2012 al 02 de julio de 2013 (ocho meses) sin contar con el título habilitante respectivo.

Cabe señalar que si bien esta empresa fue declarada en rebeldía al no haber presentado sus descargos respectivos, sí cumplió parcialmente con remitir la información requerida por la Secretaría Técnica durante el periodo de investigación.

8.2.3. Con relación a la ventaja significativa

Como se ha mencionado previamente, el acto de violación de normas presenta dos elementos: (i) una conducta consistente en la infracción de una norma; y, (ii) un efecto real o potencial que radica en la consecución de una ventaja competitiva significativa como resultado de la infracción.

En ese sentido, para que este Cuerpo Colegiado pueda declarar una conducta de violación de normas como desleal y en consecuencia sancionarla, se deberá evaluar si es que ésta genera una ventaja significativa (es decir, si es que produce una mejora significativamente en la posición competitiva de las imputadas).

Respecto a la definición de la *ventaja significativa*, ésta se entiende como todo aquel concepto que genera en el infractor una mejor posición competitiva. Entre dichos conceptos se tiene tanto (i) a los ingresos percibidos durante la concurrencia ilícita en el mercado como (ii) al ahorro de costos como resultado del incumplimiento de una norma imperativa, lo cual le genera una ventaja significativa frente a sus competidores

que no responde a su eficiencia económica y crea una situación de ruptura de condiciones de igualdad entre los agentes participantes en un mercado determinado.

Sobre el particular, la exposición de motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal indica:

“(...) la realización de una actividad económica, sin los respectivos contratos o títulos, constituye un acto de competencia desleal cuando el agente infractor decide no incurrir en los costos requeridos para adecuar su actividad a los parámetros establecidos por las normas vigentes, situación que lo coloca en ventaja significativa respecto de los agentes que sí incurrir en dichos costos.

Debe considerarse que, conforme a lo señalado en el párrafo precedente, queda claro que la concurrencia en el mercado sin contar con los contratos o títulos respectivos, constituye un acto típicamente desleal, ya que otorga una ventaja económica a un agente determinado en perjuicio directo de los demás concurrentes en el mercado. En tal sentido, para determinar la deslealtad de dicha práctica bastará con verificar si el agente investigado cuenta con las autorizaciones respectivas para realizar su actividad económica. (...) En este punto, vale destacar que el Decreto Legislativo ha tenido como una de sus líneas matrices, el combate de la informalidad en las actividades económicas, la misma que impacta negativamente en los agentes del mercado que ajustan su actividad al ordenamiento vigente y dificulta el desarrollo de un sistema económico eficiente”. (Subrayado agregado)

En concordancia con la exposición de motivos citada, la acreditación de la ventaja significativa en el caso de la concurrencia en el mercado sin título habilitante es de tipo objetiva. Es decir, basta con comprobarse la no tenencia del título que permite desarrollar determinada actividad para que estemos ante una conducta desleal. En concreto, se deberá acreditar si es que el agente económico cuenta o no con un título que le habilite para brindar el servicio de acceso a Internet, pues el efecto ineludible de ello será que se asumirá la existencia de una ventaja significativa. Sólo después de haberse comprobado la no tenencia del referido título, corresponderá aplicar una sanción al agente infractor.

Esta misma postura fue recogida recientemente en la Resolución N° 483-2014/SDC-INDECOPI (Expediente N° 252-2014/CCD), en la cual se indicó lo siguiente:

“(...) según la Exposición de Motivos, el agente económico que no incurre en los costos requeridos para contar con el título habilitante y, en consecuencia, opera en el mercado sin la autorización respectiva obtiene una ventaja significativa per se. Es decir, es la concurrencia misma en el mercado la que representa una ventaja significativa para el agente infractor, lo que permite presumir el incumplimiento de los requisitos establecidos en la norma sectorial que debe reunir un agente económico que pretenda operar en el mercado en observancia de la ley. Estos requisitos involucran costos que son ahorrados por el infractor y asumidos por otros agentes competidores.

Así, la ventaja significativa representa el ahorro del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa, observándose que el ahorro de costos del cual se beneficia le permite alterar las condiciones de competencia, al mejorar su posición en el mercado, la cual no obedece a su eficiencia o mayor competitividad, esto es, y por citar dos ejemplos, a precios menores o mejor calidad, sino a la infracción de una norma imperativa.”

Asimismo, en una anterior controversia tramitada mediante Expediente N° 003-2011-CCO-ST/CD²⁴, similar al presente caso, el Cuerpo Colegiado adoptó esta misma posición, señalando que la corroboración de la ventaja significativa era del tipo objetivo (per se).

No obstante ello, esta Secretaría Técnica considera adecuado, hacer mención de algunos de los costos que son ahorrados por los agentes que brindan de forma informal el servicio de acceso a Internet, los cuales, adicionalmente a los ingresos percibidos durante la concurrencia ilícita, forman parte de la *ventaja significativa*.

Así, el agente que concurre en el mercado de acceso a Internet sin contar con título habilitante, no estaría internalizando, principalmente, los siguientes costos: (i) el aporte por supervisión correspondiente al OSIPTEL por ser un operador de servicios públicos de telecomunicaciones²⁵; (ii) el aporte correspondiente a FITEI; (iii) otros relacionados con el trámite del registro respectivo; y, (iv) aquellos derivados del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas del sector (v. gr. normas de protección a usuarios, de calidad mínima en la prestación del servicio, entre otras).

Respecto al aporte por el Servicio de Supervisión al OSIPTEL, éste ha sido establecido en 0.5% de los ingresos brutos anuales de las empresas operadoras y se paga de forma mensual. Cabe indicar que, este costo correspondería sólo en el caso que la prestación del servicio de acceso a Internet se realice en mérito a un Registro de Valor Añadido, dado que aquellos agentes que concurren en dicho mercado en mérito a un Registro de Comercializador, no se encuentran afectados al pago de este aporte.

De otro lado, los aportes al FITEI corresponden al 1% del monto total de los ingresos brutos facturados y percibidos por las empresas operadoras²⁶. Cabe destacar que este

²⁴ Ver la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL.

²⁵ **Artículo 10° de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332.**

“Artículo 10.- Aporte por regulación

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.”

“Artículo del 65° del Reglamento del OSIPTEL, aprobado por D.S. 008-2001-PCM.

Artículo 65°.- Pago a cuenta de Aportes

Las empresas operadoras abonarán directamente a OSIPTEL con carácter de pago a cuenta del monto que en definitiva les corresponde abonar por Aporte por Regulación, también llamado Aporte de Supervisión, cuotas mensuales equivalente al medio por ciento (0,5%).”

²⁶ **Artículo 238° y 239° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. N° 020-2007-MTC.**

“Artículo 238.- Aportes al FITEI

Constituyen recursos del FITEI:

1. El uno (1%) por ciento de los ingresos facturados y percibidos por la prestación de servicios portadores, de servicios finales de carácter público, del servicio público de distribución de radiodifusión por cable y del servicio público de valor añadido de conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet), incluidos los ingresos por corresponsalías y/o liquidación de tráficos internacionales; deducidos los cargos de interconexión, el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal. (...).”

“Artículo 239.- Pagos a cuenta

Las personas naturales o jurídicas habilitadas a prestar los servicios públicos de telecomunicaciones señalados en el numeral 1 del artículo 238, abonarán con carácter de pago a cuenta del aporte que en definitiva les corresponda abonar por concepto del derecho especial, cuotas mensuales equivalentes al uno por ciento (1%) de sus ingresos brutos facturados y percibidos durante el mes anterior. (...).”

aporte se aplica a las empresas operadoras del servicio de acceso a Internet recién a partir de enero de 2013 y de forma mensual²⁷. Al igual que en el caso anterior, los comercializadores del servicio no se encuentran obligados a este pago.

En cuanto a los costos relacionados al trámite del título habilitante, es preciso señalar que, al ser éste el registro, ya sea de comercializador o de empresa de valor añadido, no constituyen un costo tan importante como lo sería por ejemplo aquellos derivados de tramitar una concesión, ya que ésta requiere el pago por derecho de concesión, carta fianza, elaboración del Perfil del proyecto técnico, entre otros.

Existen, de otro lado costos relacionados al cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas del sector. Así por ejemplo, podemos mencionar como los más importantes, aquellos derivados del cumplimiento del marco normativo de protección a usuarios, el cual resulta aplicable tanto para empresas de valor añadido como para empresas comercializadoras. Así por ejemplo, deben cumplir con habilitar un número de información y asistencia, tramitar reclamos de sus usuarios, cumplir con calidad mínima de prestación del servicio, entre otras obligaciones.

IX. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y LA PERTINENCIA DE IMPONER MEDIDA CORRECTIVA

En atención a los fundamentos expuestos en la presente resolución, se ha evidenciado que Procomor, PIM Soluciones y Perudata concurrieron ilícitamente en el mercado, al no contar con título que las habilite a prestar el servicio de acceso a Internet durante un periodo determinado, obteniendo con ello una ventaja significativa en el mercado.

En este sentido, este Cuerpo Colegiado considera que corresponde acoger la propuesta de la Secretaría Técnica en relación a imponer una sanción a las referidas empresas, en la medida que habrían incurrido en la infracción previamente expuesta.

9.1. Marco legal aplicable a las sanciones por actos de competencia desleal.

El artículo 26.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que para la aplicación de sanciones por actos contrarios a la leal competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de Competencia Desleal²⁸.

²⁷ La segunda disposición complementaria final de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, publicada el 20 de julio de 2012, modificó el artículo 12° de del TUO de la Ley General de Telecomunicaciones, incluyendo como nuevos aportantes a los operadores del servicio de acceso a Internet. Asimismo, el Decreto Supremo N° 019-2012-MTC, publicado el 30 de diciembre de 2012, modificó el TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, estableciendo el porcentaje de los ingresos que debían pagar estos nuevos aportantes.

²⁸ El artículo 26.1 de la Ley N° 27336 señala lo siguiente:

“(…) 26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o leal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación.”

Al respecto, el artículo 52.1 de la Ley de Represión de Competencia Desleal considera que la realización de actos de competencia desleal, como en este caso la violación de normas, constituye una infracción a las disposiciones de dicha Ley, y será sancionada según se califique como leve, grave o muy grave, sin perjuicio de la aplicación de las correspondientes medidas correctivas²⁹.

El artículo 53º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la autoridad **podrá tomar en consideración para determinar la gravedad de la infracción diversos criterios** tales como el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, los efectos sobre el mercado, la duración del acto de competencia desleal infractor, **entre otros factores que, dependiendo del caso concreto, se considere adecuado adoptar.**³⁰

Asimismo, cabe indicar que este Cuerpo Colegiado realizará todo este análisis conforme al principio de razonabilidad³¹, dentro de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Este principio prevé que la comisión de la conducta

²⁹ **“Artículo 52º.- Parámetros de la sanción.-**

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;

b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;

c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,

d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.”

³⁰ **Ley de Represión de la Competencia Desleal.**

“Artículo 53º: 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 y 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.”

³¹ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. (...)”

sancionable –y en consecuencia, asumir la sanción– no debe resultar más ventajoso para el infractor que cumplir con las normas infringidas, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción, la misma que debe lograr desincentivar la realización de infracciones por parte de los agentes económicos en general.

9.2. Graduación de la sanción a las empresas operadoras

Para lograr el desincentivo que se persigue con la imposición de sanciones, este Cuerpo Colegiado considera necesario que las sanciones impuestas por la comisión de una infracción sean iguales o mayores que el beneficio esperado al realizar dicha infracción. El **beneficio ilícito** puede ser definido como aquellos ingresos percibidos por el agente infractor que no hubieran sido obtenidos por éste si es que no se producía una contravención al ordenamiento³². El cálculo del beneficio ilícito es la base para determinar la imposición de la sanción en los procesos relacionados a infracciones a la normativa de competencia, ello a fin de que la multa consiga los fines de desincentivo a que se realice o repita la conducta infractora.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la **probabilidad de detección** de la infracción, ello con la finalidad de incluir en la sanción la expectativa que tiene un infractor de ser descubierto en la comisión de una falta. Mientras más baja sea la probabilidad de detección, mayores serán los incentivos para que se realice la conducta anticompetitiva. Por lo tanto la multa debe ser inversamente proporcional a la probabilidad de detección. En efecto, a fin de desincentivar la conducta infractora en todas las ocasiones, mientras más baja sea la probabilidad de detección de la conducta, la multa debe incrementarse en mayor medida –se debe imponer una multa mayor al beneficio ilícito para compensar la dificultad de detección–.

Así, la sanción esperada debe basarse en dos factores en principio: (i) el beneficio ilícito y (ii) la probabilidad de detección. De una combinación de estos dos factores se obtendrá el monto base de la multa.

Como se ha indicado, el cálculo de la multa parte por la estimación del beneficio ilícito, el cual resulta de las ganancias ilícitas que han obtenido las empresas sancionadas en el periodo en el que operaron sin título habilitante, periodo en cual no debieron concurrir en el mercado de acceso a Internet. Cabe indicar que para determinar el beneficio ilícito, se debe utilizar las ganancias más no los ingresos totales, en estricto cumplimiento del Principio de razonabilidad³³. En efecto, la finalidad de imponer una sanción, conforme a su función disuasiva, es lograr desincentivar la realización de infracciones por parte de los agentes económicos en general; en ese sentido, este Cuerpo Colegiado debe hacer lo estrictamente necesario para que se cumpla dicha finalidad. Así, se ha creído conveniente considerar las ganancias y no los ingresos

³² Resolución N° 0371-2011/SC1-INDECOPI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

³³ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

“Artículo IV.- Principios del procedimiento 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.”

debido a que el beneficio obtenido por las empresas está constituido en estricto por las ganancias que logra realizar en el mercado, no por los ingresos, ya que estos no se destinan en su integridad al beneficio de la empresa, sino que se destinan también a cubrir los costos de operación, si los hubiera.

Asimismo, como parte del beneficio ilícito se estima también la ventaja significativa lograda por algunas empresas al no haber obtenido el título habilitante requerido para operar (ventaja obtenida por un ahorro de costos). En el Informe instructivo, la Secretaría Técnica consideró que el agente que concurre en el mercado de acceso a Internet sin contar con título habilitante, no estaría internalizando, principalmente, los siguientes costos: (i) el aporte por supervisión correspondiente al OSIPTEL por ser un operador de servicios públicos de telecomunicaciones; (ii) el aporte correspondiente a FITEC; (iii) otros relacionados con el trámite del registro respectivo; y, (iv) aquellos derivados del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas del sector (v. gr. normas de protección a usuarios, de calidad mínima en la prestación del servicio, entre otras). En el presente caso, sin desconocer el ahorro de los demás costos, se considerará para el monto base de la multa, únicamente el ahorro correspondiente a los aportes por supervisión al OSIPTEL y los aportes al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEC), al encontrarse su cálculo definido normativamente.

Posteriormente, será necesario considerar la probabilidad de detección de la conducta.

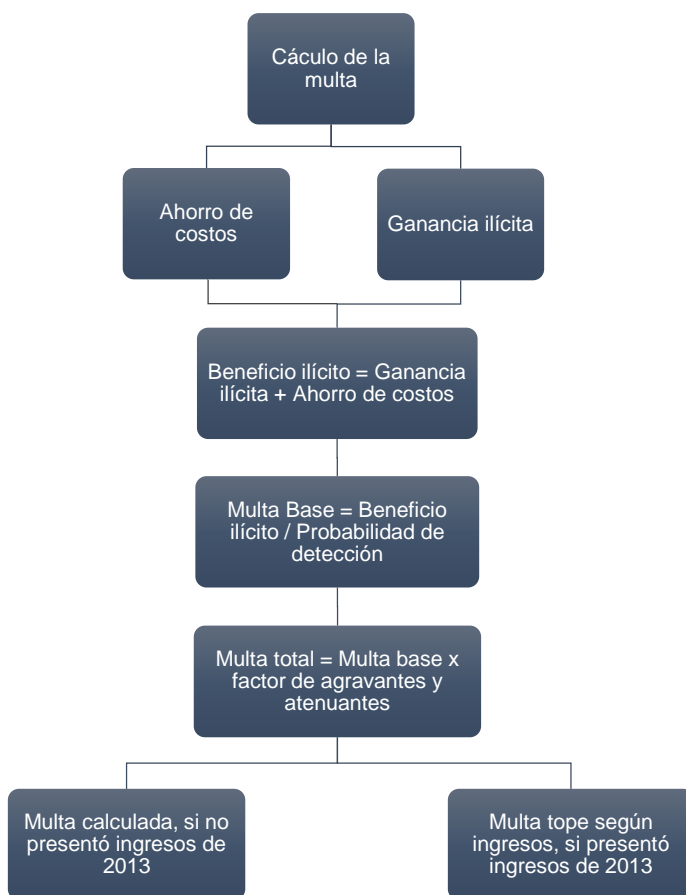
Bajo esta lógica económica, el cálculo de la multa base óptima se realiza de la siguiente forma:

$$Multa\ Base = \frac{Beneficio\ ilícito}{probabilidad\ de\ detección}$$

El artículo 53 de la Ley de Represión de Competencia Desleal contempla, a su vez, algunos elementos que -aunque por su naturaleza influyen en el beneficio ilícito obtenido y/o en la probabilidad de detección-, pueden ser tomados en cuenta como agravantes y/o atenuantes para estimar el monto de la multa final, dependiendo de lo observado en cada caso. Estos criterios son: la modalidad y el alcance del acto de competencia desleal, la dimensión del mercado afectado, la duración en el tiempo del acto de competencia desleal, la cuota de mercado del infractor, y la reincidencia o reiteración en la comisión del acto. Por su parte, otros criterios que pueden agravar o atenuar la estimación de la multa son, a consideración de este Cuerpo Colegiado la existencia de perjuicios sobre otros agentes y consumidores, y la conducta procesal, según fuese el caso.

De esta manera, se obtendrá una multa a imponer y se determinará la gravedad de la conducta para cada empresa. Esto a su vez permitirá establecer la multa final, la cual podría ser el monto calculado o el tope establecido por la Ley de Represión de la Competencia Desleal según los ingresos obtenidos por la empresa en el periodo inmediato anterior al año en el que se impone la sanción. Este proceso, que se desarrollará en el análisis en concreto, se describe en el siguiente gráfico:

Esquema del cálculo de la multa



9.2.1. Beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción

El cálculo del beneficio ilícito es la base para determinar la imposición de la sanción en los procesos relacionados a infracciones a la normativa de competencia, ello a fin de que la multa consiga los fines de desincentivo a que se realice o repita la conducta infractora (y que se cumpla a su vez con el precepto de que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas).

Como ya se ha señalado líneas arriba, en este caso, el beneficio ilícito obtenido por las empresas infractoras se calculará en dos partes. Una parte del beneficio ilícito provendrá de las ganancias obtenidas por concurrir en el mercado sin título habilitante. En este caso en particular, parte del beneficio ilícito que habrían obtenido las empresas infractoras corresponde al total de las ganancias derivadas de la provisión del servicio de acceso a Internet, ya que una empresa que no tiene título del Estado para brindar servicios públicos de telecomunicaciones no debe concurrir en el mercado y por lo tanto no debe obtener ganancias derivadas de la línea de negocio no autorizada. Así, todas las ganancias obtenidas por las empresas infractoras son ilícitas.

El otro concepto considerado para el cálculo del beneficio ilícito es el de la ventaja significativa, que en este caso se asume básicamente como los costos que las empresas infractoras se ahorraron por operar sin título habilitante.

A continuación se procede a calcular los beneficios ilícitos obtenidos por las empresas infractoras.

a. Ganancias ilícitas

Para el cálculo de las ganancias ilícitas se utiliza la información disponible para cada empresa. Así, el cálculo realizado incorpora diversos elementos, siendo el primero de ellos la duración de la conducta ilícita, medida en el número de meses en los que se ha comprobado que la empresa concurrió en el mercado de acceso a Internet de manera ilícita.

Esta información es presentada en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1: Tiempo de operación sin título habilitante, en meses y años por empresa

Empresa	Operación ilícita		
	Inició	Terminó	Número de meses
Proveedor de Comunicaciones del Oriente S.R.L.	01 de Noviembre de 2012	02 de Julio de 2013	8
PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L.	Setiembre de 2012	Enero de 2014	17
Perudata Comunicaciones S.R.L.	Julio de 2013	04 de Noviembre de 2013	4

Así, las ganancias ilícitas obtenidas por las empresas infractoras serán aquellas obtenidas durante el periodo en el cual se ha comprobado que operaron sin título habilitante. Sin embargo, dado que no se ha podido contar con información de las utilidades operativas por la provisión de servicios de acceso a Internet de las empresas arriba señaladas durante los periodos detallados, es necesario realizar una estimación de dicha variable con la información disponible, o a través de parámetros que permitan aproximarse a los beneficios ilícitos que habrían obtenido las empresas infractoras.

El punto de partida para estimar las ganancias ilícitas serán los ingresos por la comercialización del servicio de acceso a Internet sin contar con título habilitante. Los ingresos permitirán, considerando un margen de ganancia adecuado, calcular las ganancias ilícitamente obtenidas por las empresas infractoras. El cálculo de los ingresos y el margen de ganancia se harán según la información de la que se disponga para cada empresa.

En el caso de Procomor, se ha podido contar con sus ingresos a través de la información remitida en mérito al requerimiento de la Secretaría Técnica, la cual incluía

recibos de pago por concepto de aporte a FITEI. Así, los ingresos ilícitos de Procomor en el periodo en que operó sin título habilitante fueron de S/. 196 042.

Cuadro N° 2: Ingresos de Procomor

Mes	N° Abonados	Ingresos brutos
nov-12	11	S/. 5,908
dic-12	29	S/. 10,967
ene-13	56	S/. 14,523
feb-13	58	S/. 19,222
mar-13	65	S/. 21,425
abr-13	89	S/. 34,678
may-13	92	S/. 39,661
jun-13	96	S/. 49,658
Ingresos del periodo		S/. 196,042

Fuente: Procomor

Para PIM Soluciones se obtuvieron los ingresos a partir de sus afirmaciones al atender parcialmente el requerimiento de la Secretaría Técnica. Así, entre dichas afirmaciones, la referida empresa indicó que en el mes de noviembre de 2013 tuvo solo 6 abonados, y que como máximo tuvo 20 abonados en el 2013, con una permanencia máxima de 3 a 4 meses. Asimismo, las tarifas conocidas de PIM para los años 2012 y 2013 son las siguientes:

Cuadro N° 3: Tarifas de PIM para los años 2012 y 2013

Servicio	2012	2013
Doméstico	S/. 300.00	S/. 450.00
Empresarial	S/. 450.00	S/. 600.00
Personal	S/. 120.00	S/. 200.00

Fuente: PIM Soluciones

Ahora bien, dada la limitada información respecto al número de abonados proporcionada por PIM Soluciones, se ha considerado pertinente estimar el número de abonados que habría tenido para cada mes del periodo en cual operó sin título habilitante. Así, a continuación se detalla el procedimiento utilizado para realizar dicha estimación en base a la información disponible y haciendo uso de algunos supuestos:

- El primer supuesto que se toma es que el número de 20 abonados que PIM Soluciones habría tenido en el 2013 se logró en el mes de enero de 2013.
- Luego, se estima una tasa de variación mensual del número de abonados, desde un número de 20 en enero de 2013 hasta 6 en noviembre de ese mismo año. Así, esta tasa de variación en el número de abonados sería de 1.4 abonados por mes.

- Con dicho valor se procede a estimar el número de abonados cada mes.
- Finalmente, para calcular los ingresos mensuales se multiplica el número de abonados por la tarifa promedio de PIM según el año al que corresponde³⁴.

De esta manera, los ingresos que habría obtenido PIM entre septiembre de 2012 y enero de 2014 ascienden a:

Cuadro N° 4: Ingresos de PIM Soluciones

Mes	Número de abonados	Ingresos
sep-12	14.4	S/. 4,176.00
oct-12	15.8	S/. 4,582.00
nov-12	17.2	S/. 4,988.00
dic-12	18.6	S/. 5,394.00
ene-13	20.0	S/. 8,333.33
feb-13	18.6	S/. 7,750.00
mar-13	17.2	S/. 7,166.67
abr-13	15.8	S/. 6,583.33
may-13	14.4	S/. 6,000.00
jun-13	13.0	S/. 5,416.67
jul-13	11.6	S/. 4,833.33
ago-13	10.2	S/. 4,250.00
sep-13	8.8	S/. 3,666.67
oct-13	7.4	S/. 3,083.33
nov-13	6.0	S/. 2,500.00
dic-13	4.6	S/. 1,916.67
ene-14	3.2	S/. 1,333.33
Ingresos del periodo		S/. 81,973.33

Fuente: PIM Soluciones

En el caso de Perudata, dado que esta empresa no cumplió con remitir información alguna durante el periodo de investigación, sus ingresos han sido calculados en base a la información extraída de las proformas remitidas por Procomor en su escrito inicial de fecha 16 de diciembre de 2013. Así en dichas proformas se pueden observar los planes tarifarios de Perudata y una relación de abonados que corresponden al segmento empresarial o comercial. El siguiente cuadro muestra los planes tarifarios empresariales de Perudata:

Cuadro N° 5: Tarifas empresariales de Perudata

Plan	Tarifa
Empresarial 1	S/. 400.00
Empresarial 2	S/. 750.00
Empresarial 3	S/. 1,000.00
Empresarial 4	S/. 1,250.00
Empresarial 5	S/. 1,500.00

³⁴ El promedio de las tarifas para el año 2012 es de S/. 290, mientras que el promedio de las tarifas en el 2013 es de S/. 416.67.

De otro lado, respecto al número de abonados, en una de las proformas de Perudata se observa que esta empresa menciona a 12 clientes empresariales y señala que tiene “muchos clientes residenciales más”; mientras que en la otra proforma Perudata muestra una relación de 19 clientes empresariales y señala que tiene “muchos clientes residenciales más”. En tal sentido, podemos tener una aproximación al número de clientes empresariales de Perudata, sin embargo, de la información obtenida no es posible estimar el número de clientes residenciales de esta empresa. En atención a ello, como punto de partida se tomará el número de clientes empresariales más alto (19) y se asumirá que éste fue el número de clientes que tuvo Perudata en el periodo de operación ilícita.

A continuación, se tomará la tarifa promedio de Perudata, que asciende a S/. 980 mensuales, la cual se multiplicará por el número de clientes de Perudata en el periodo a sancionar. De esta manera, los ingresos ilícitos de Perudata serían de S/. 74,480³⁵.

Luego de haber obtenido los ingresos ilícitos de las empresas a sancionar deben estimarse los beneficios ilícitos. Dado que no se dispone de las utilidades operativas de las empresas infractoras, se ha optado por tomar el margen de ganancia considerando como referencia la información publicada por Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica) en sus Estados Financieros publicados ante la Superintendencia de Mercados y Valores³⁶. Así, en el siguiente cuadro se muestran los ingresos por la línea de negocios Banda Ancha – Internet de Telefónica junto a su Ganancia o Pérdida por las actividades de operación para los años 2013 y 2014 en esta misma línea de negocios. Así, con esta información se calcula que el margen de ganancia del negocio de acceso a Internet de Telefónica sería de 3.9% en promedio entre los años 2013 y 2014.

Cuadro N° 6 Ingresos y Ganancias de Telefónica por el servicio de Banda Ancha – Internet de los años 2013 y 2014

Año	2013	2014	Promedio
Ingresos de actividades ordinarias (miles de soles)	S/. 1,129,866	S/. 1,039,128	S/. 1,084,497
Ganancia/(pérdida) por actividades de operación (miles de soles)	S/. 41,607	S/. 42,761	S/. 42,184
Margen de ganancia	3.7%	4.1%	3.9%

Así, se tomará el supuesto de que las tres empresas que serán multadas a través de la presente resolución tendrían un margen de ganancia también de 3.9%. Luego, para calcular la ganancia ilícita de cada empresa aplicamos la siguiente fórmula:

Fórmula para el cálculo de la ganancia ilícita

$$G_{ilícita} = \text{Ingresos} \times \text{Margen de ganancia}$$

Donde:

$G_{ilícita}$ = Ganancia ilícita de la empresa infractora

³⁵ Monto resultante de multiplicar S/. 980 por 19 clientes y por 4 meses.

³⁶ Disponible en: <http://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/TDP%20Audltado%20individual.pdf>

De esta manera las ganancias ilícitas calculadas para cada una de las empresas infractoras se muestran en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 7: Ganancias ilícitas de las empresas infractoras

Empresa	Ingresos ilícitos	Ganancias ilícitas
Proveedor de Comunicaciones del Oriente S.R.L.	S/. 196,042.00	S/. 7,643.24
PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L.	S/. 81,973.33	S/. 3,195.96
Perudata Comunicaciones S.R.L.	S/. 74,480.00	S/. 2,903.81

b. Ahorro de costos

Los costos ahorrados por las empresas infractoras que se considerarán en el presente caso son aquellos relacionados con los pagos de aportes al FITEL³⁷ y los aportes por el Servicio de Supervisión al OSIPTEL³⁸.

Los aportes al FITEL y los aportes por el Servicio de Supervisión al OSIPTEL corresponden al 1% y al 0.5% de los ingresos brutos de las empresas operadoras, respectivamente y se pagan de forma mensual. Cabe destacar que, en el caso del servicio de acceso a Internet, estos aportes se aplican únicamente a las empresas del

³⁷ **Artículo 238° y 239° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. N° 020-2007-MTC.**

“Artículo 238.- Aportes al FITEL

Constituyen recursos del FITEL:

1. El uno (1%) por ciento de los ingresos facturados y percibidos por la prestación de servicios portadores, de servicios finales de carácter público, del servicio público de distribución de radiodifusión por cable y del servicio público de valor añadido de conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet), incluidos los ingresos por corresponsalías y/o liquidación de tráficos internacionales; deducidos los cargos de interconexión, el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal. (...).”

“Artículo 239.- Pagos a cuenta

Las personas naturales o jurídicas habilitadas a prestar los servicios públicos de telecomunicaciones señalados en el numeral 1 del artículo 238, abonarán con carácter de pago a cuenta del aporte que en definitiva les corresponda abonar por concepto del derecho especial, cuotas mensuales equivalentes al uno por ciento (1%) de sus ingresos brutos facturados y percibidos durante el mes anterior. (...).”

³⁸ **Artículo 10° de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332.**

“Artículo 10.- Aporte por regulación

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.”

“Artículo del 65° del Reglamento del OSIPTEL, aprobado por D.S. 008-2001-PCM.

Artículo 65°.- Pago a cuenta de Aportes

Las empresas operadoras abonarán directamente a OSIPTEL con carácter de pago a cuenta del monto que en definitiva les corresponde abonar por Aporte por Regulación, también llamado Aporte de Supervisión, cuotas mensuales equivalente al medio por ciento (0,5%).”

servicio de valor añadido y ha sido exigible recién a partir de enero de 2013 y de forma mensual.³⁹

En tal sentido, dado que como hemos señalado previamente, sólo Procomor constituye una empresa de valor añadido, mientras que PIM Soluciones y Perudata son comercializadores del servicio de acceso a Internet, únicamente aquella se encontraba obligada a realizar pagos por dichos aportes. Al respecto, de la revisión de la información con que cuenta el OSIPTEL respecto al pago de aportes, se verifica que Procomor ha cumplido con realizar los pagos respectivos durante el periodo en que habría cometido la infracción. Asimismo, durante el periodo de investigación Procomor ha remitido copia de los recibos correspondientes a los pagos por concepto de aportes al FITEC en el mismo periodo.

En tal sentido, en este caso en particular, este Cuerpo Colegiado ha considerado no tomar en cuenta el componente de ahorro de costos para el cálculo de la multa base a aplicarse a las tres empresas infractoras. De esta manera, el beneficio ilícito que habrían obtenido estas empresas operadoras está compuesto únicamente por las ganancias ilícitas.

9.2.2. La probabilidad de detección de la infracción

Con relación a la probabilidad de detección, debe indicarse que normalmente las empresas que concurren en el mercado sin título habilitante operan con un mayor grado de clandestinidad, y no se promocionan a gran escala en relación a sus zonas de operación, precisamente por su grado de informalidad. Dicha situación hace que la probabilidad de detección tienda a ser muy baja, sin embargo, en el presente caso se ha advertido que las tres empresas ofrecían el servicio de acceso a Internet a usuarios contando con material publicitario o proformas, siendo además que contaban con un local donde se contrataba el servicio.

Asimismo, es preciso señalar que en el presente caso, se iniciaron las investigaciones respectivas como consecuencia de una denuncia informativa presentada precisamente por una de las empresas infractoras, lo cual evidencia la menor dificultad con la que un presunto afectado pudo hacer de conocimiento del OSIPTEL tal hecho, dado que luego de corroborar la prestación del servicio por parte de estas empresas, una revisión de la página web del MTC permite contar con indicios de una posible concurrencia en el mercado sin contar con título habilitante.

En ese sentido, en el presente caso se ha considerado, en principio, una probabilidad de detección igual al 50%.

Sin embargo, en el caso de Procomor, se considera como un factor que eleva la probabilidad de detección el pago de aportes a FITEC y al OSIPTEL. Cabe señalar que una de las consecuencias de operar sin título habilitante es que la empresa infractora no será supervisada ni cumplirá con las normas que deben regir su actuación, ya que el inicio de sus operaciones y su participación en el mercado son desconocidos para el

³⁹ El Decreto Supremo N° 019-2012-MTC, publicado el 30 de diciembre de 2012, que modifica el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, incluyó como nuevos aportantes a las empresas de valor añadido del servicio de acceso a Internet.

MTC y para el OSIPTEL mientras no se despliegue una acción adicional que lleve a detectarlas.

En ese sentido, en el caso de Procomor, si bien ésta operó durante un periodo determinado sin título habilitante, el pago de los aportes antes mencionados implicaron poner en conocimiento del MTC y del OSIPTEL su participación en el mercado, máxime si dichos pagos han sido realizados desde el primer mes de concurrencia, de acuerdo a la información con que cuenta el OSIPTEL respecto al pago de aportes por el Servicio de Supervisión y a los recibos correspondientes al aporte a FITEC remitidos por la propia empresa.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado considera que la probabilidad de detección de la conducta infractora de PIM y Perudata es de 50%, mientras que la probabilidad de detección de la conducta de Procomor, por lo indicado en los párrafos previos, se eleva a 100%.

9.2.3. La conducta procesal de las empresas infractoras

Según el 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.

El Cuerpo Colegiado considera que la empresa Perudata ha obstaculizado la investigación realizada por la Secretaría Técnica, omitiendo la entrega de información diversa que resultaba relevante para un mejor esclarecimiento de los hechos y medios probatorios presentados durante el trámite del presente procedimiento. Inclusive, este requerimiento de información fue reiterado por la Secretaría Técnica, la cual no obtuvo respuesta por parte de Perudata.

Al respecto, cabe indicar que este Cuerpo Colegiado considera necesario tener en cuenta la conducta procesal de Perudata de la forma en que lo determina el Código Procesal Civil⁴⁰.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 218° del Código Procesal, *“las respuestas deben ser categóricas, sin perjuicio de las precisiones que fueran indispensables. Si el interrogado se niega a declarar o responde evasivamente, el Juez lo requerirá para que cumpla con su deber. De persistir en su conducta, el Juez apreciará al momento de resolver la conducta del obligado”*. Por su parte, respecto a la presunción y la conducta procesal de las partes, el artículo 282° señala que *“el Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de*

⁴⁰ Norma aplicable a los procesos de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto por la Segunda Disposición Final del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL. Esta norma señala lo siguiente:

“DISPOSICIONES FINALES

(...) **SEGUNDA.-** Para todo lo no previsto expresamente por el presente reglamento se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil.”

obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas". (El subrayado es nuestro).

En ese sentido, el Cuerpo Colegiado considera necesario incrementar el monto de la multa que resulte aplicable a Perudata en 25% sobre la multa base.

9.2.4. Determinación de la sanción a imponer

A fin de determinar la sanción a imponer en el presente caso, utilizaremos la fórmula antes señalada ($Multa\ Base = \frac{Beneficio\ ilícito}{probabilidad\ de\ detección}$) para calcular inicialmente los montos base de las multas de cada una de las empresas infractoras.

Luego, este Cuerpo Colegiado ha considerado establecer como atenuante para la imposición de la sanción y la determinación de la gravedad de la violación a la norma, el haber formalizado las actividades de la empresa infractora, a través de la obtención de un título que habilite la prestación del servicio de acceso a Internet. En dichos casos, se considera que la multa debe ser reducida en un 50%. Cabe indicar que similar criterio fue adoptado por el Cuerpo Colegiado a cargo del Expediente N° 002-2013-CCO-ST/CD⁴¹.

En este caso, las empresas que obtuvieron título habilitante para la prestación del referido servicio fueron Procomor (registro de valor añadido) y Perudata (registro de comercializador). En consecuencia, corresponde reducir la multa en 50% a dichas empresas.

De otro lado, se considera adecuado considerar como atenuante el hecho de que Procomor haya denunciado la conducta ilícita, por lo cual este Cuerpo Colegiado ha decidido reducir la multa de esta empresa en 25%. De esta manera, la multa total se calculará multiplicando la multa base por un factor F que incluye todos los factores agravantes y atenuantes, de la siguiente forma:

$$Multa\ Total = Multa\ Base \times F = \left(\frac{Beneficio\ ilícito}{probabilidad\ de\ detección} \right) \times F$$

Donde F toma los siguientes valores:

- Para Procomor: $F = 0.25$
- Para PIM: $F = 1$
- Para Perudata: $F = 0.75$

De esta manera, la multa total para cada una de las empresas infractoras sería como se muestra en el siguiente cuadro:

⁴¹ Ver pág. 66 de la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL.

Cuadro N° 8: Cálculo de la multa total

Empresa	Beneficio ilícito	Multa Base = Beneficio ilícito/ probabilidad de detección	Multa Total en soles (Multa Base x F)	Multa total en UIT⁴²
Proveedor de Comunicaciones del Oriente S.R.L.	S/. 7,643.24	S/. 7,643.24	S/. 1,910.81	0.50
PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L.	S/. 3,195.96	S/. 6,391.92	S/. 6,391.92	1.66
Perudata Comunicaciones S.R.L.	S/. 2,903.81	S/. 5,807.62	S/. 4,355.72	1.13

Ahora corresponde calificar el tipo de infracción, estableciéndose si esta es Leve, Grave o Muy Grave. Cabe señalar que en un pronunciamiento anterior⁴³, el Cuerpo Colegiado consideró que la modalidad de acto desleal consistente en operar sin concesión no podía ser considerada como una falta leve. Sin embargo, es preciso señalar que en el presente caso el título habilitante es un Registro, el cual es uno menos riguroso y de más fácil acceso para los agentes económicos interesados en prestar los servicios que la concesión⁴⁴, por lo que en el presente caso se considera que es factible calificar la presente conducta como leve, sin perjuicio de la regulación sectorial que puede haber establecido una calificación distinta para el hecho mismo de operar sin título⁴⁵.

De otro lado, considerando los posibles factores que diferenciarían las conductas de las empresas infractoras, agravando su situación, se considera que PIM Soluciones Inalámbricas, a diferencia de las otras infractoras, sostuvo la conducta por un periodo mayor (17 meses) y nunca regularizó su situación. En ese sentido, se concluye que Procomor y Perudata han incurrido en una falta leve, mientras que la infracción de PIM Soluciones es Grave.

Finalmente, en los casos en que se cuenta con la información de ingresos brutos del ejercicio anterior, se considerará la capacidad económica del infractor, aplicándose un tope máximo para la multa final a ser impuesta (un porcentaje de los ingresos brutos conforme a lo señalado en el artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, de acuerdo a la gravedad de la infracción). Para el presente caso, dado que Perudata y PIM Soluciones no han presentado la información correspondiente, no se considera dichos topes. De otro lado, de acuerdo a la información obtenida para Procomor, se observa que las multas calculadas no superan los topes correspondientes al 10% de sus ingresos percibidos correspondientes al año 2014. En consecuencia la multa calculada anteriormente será la efectivamente aplicable a las tres empresas infractoras.

⁴² Teniendo en cuenta que el valor de la Unidad Impositiva Tributaria para el año 2015 es de S/. 3850, de acuerdo a lo establecido en el D.S. N° 374-2014-EF.

⁴³ Al respecto, ver la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTel recaída en el Expediente N° 002-2013-CCO-ST/CCD.

⁴⁴ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "El régimen de los contratos estatales en el Perú". En Revista de Derecho Administrativo, Lima, año I, N° 2, (2006); p. 22.

⁴⁵ Como mencionamos previamente, de acuerdo al artículo 260° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, de no llevarse a cabo la inscripción en el Registro de Valor Añadido, se configuraría una infracción grave.

9.3. Sobre la medida correctiva

El marco normativo vigente faculta al OSIPTEL a aplicar medidas correctivas en las materias que son de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre leal competencia⁴⁶, a fin de poder revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas detectadas⁴⁷. Por su parte, el inciso a) del artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁴⁸, establece que la autoridad puede ordenar la cesación del acto, con la finalidad de restablecer la leal competencia en el mercado.

En el presente caso, ha quedado acreditado que Proveedor de Comunicaciones del Oriente S.R.L., PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L. y Perudata Comunicaciones S.A.C. han incurrido en actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, y, por ende, este Cuerpo Colegiado ha determinado la imposición de las sanciones respectivas, conforme a lo desarrollado en el punto anterior.

La conducta infractora ha sido la de prestar servicios de acceso a Internet, en determinados períodos, sin contar con título habilitante, por lo que se debe evaluar la posibilidad de que se preste el servicio en otra oportunidad sin el título habilitante.

Así, en el caso de las empresas Perudata y Procomor, éstas regularizaron su situación obteniendo un título habilitante para la prestación del referido servicio, siendo además que en el caso de esta última, a la fecha, se encuentra en liquidación y con su R.U.C. dado de baja⁴⁹. En el caso de PIM Soluciones, si bien de acuerdo a lo señalado por dicha empresa, ésta habría dejado de prestar servicios a usuarios residenciales y estaría comercializando el servicio sólo en la modalidad de cabinas públicas, persiste la posibilidad de que siga incurriendo o vuelva a incurrir en la práctica desleal.

En tal sentido, se justifica que se ordene una medida correctiva destinada a evitar que PIM Soluciones incurra en la conducta infractora en el futuro.

Esta medida correctiva consistente en el cese de la conducta de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, deberá hacerse efectiva en un plazo no mayor

⁴⁶ **Decreto Supremo 013-93-TCC. Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones:**

“Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras.”

“Artículo 77.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes: (...) 9. Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.” (énfasis agregado).

⁴⁷ En tal sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 1963-2006-PA/TC reconoció la importancia de las referidas medidas correctivas toda vez que permiten la cesación de la conducta infractora y de esta manera se detiene el perjuicio causado al mercado y a los competidores.

⁴⁸ **Decreto Legislativo 1044**

“Artículo 55°.- Medidas correctivas

55.1 Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica (...)”

⁴⁹ De acuerdo a la información de la página web de la SUNAT, Procomor habría dado de baja su RUC en junio de 2014.

a quince (15) días calendario, contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución; caso contrario, el incumplimiento de esta medida será considerado como infracción muy grave y será susceptible de las sanciones que resulten aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 087-2013-CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **FUNDADO** el procedimiento de oficio iniciado contra Proveedor de Comunicaciones del Oriente S.R.L., PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L. y Perudata Comunicaciones S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- SANCIONAR a las siguientes empresas infractoras, de la siguiente manera:

- (i) PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L.: 1.66 UIT por la comisión de una infracción grave.
- (ii) Perudata Comunicaciones S.A.C.: 1.3 UIT por la comisión de una infracción leve.
- (iii) Proveedor de Comunicaciones del Oriente S.R.L.: 0.5 UIT por la comisión de una infracción leve.

Artículo Tercero.- Ordenar a PIM Soluciones Inalámbricas E.I.R.L., en calidad de medida correctiva, el cese de la conducta de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, y en consecuencia, se abstenga de prestar el servicio de acceso a Internet, sin contar con título habilitante.

Esta medida correctiva deberá ser cumplida en un plazo no mayor a quince (15) días calendario, contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución; caso contrario, el incumplimiento de esta medida será considerado como infracción muy grave y será susceptible de las sanciones que resulten aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 087-2013-CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Sergio Salinas Rivas, Daniel Schmerler Vainstein y Janina Virginia León Castillo.