



Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados

Procedimiento de oficio contra la empresa Sky Network S.A.C.


(Exp. 002-2016-CCO-ST/CD)

Informe Instructivo

Informe Nº 001-STCCO/2019

Lima, 9 de enero de 2019




	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 2 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

CONTENIDO

I.	OBJETO	3
II.	EMPRESA INVESTIGADA	3
III.	ANTECEDENTES	3
IV.	EL INICIO DE OFICIO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO	9
V.	ACCIONES REALIZADAS POR LA STCCO	10
5.1.	Requerimiento de información al MTC	10
5.2.	Requerimiento de información a la Secretaría Técnica de la CCD del INDECOPI	11
5.3.	Requerimiento de información a SKY NETWORK	12
VI.	POSICIÓN DE LA EMPRESA INVESTIGADA	13
VII.	ALCANCES DEL INFORME INSTRUCTIVO	13
VIII.	MARCO LEGAL APLICABLE	13
8.1.	Los títulos habilitantes exigidos para la prestación del servicio de acceso a internet	13
8.2.	Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. Normativa y criterios aplicables	18
8.3.	El supuesto de violación de normas de acuerdo al literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal	20
IX.	ANÁLISIS	23
9.1.	Respecto a la concurrencia de SKY NETWORK en el mercado de servicio de acceso a internet sin contar con título habilitante	24
9.2.	Con relación a la ventaja significativa	27
9.3.	Determinación de una posible sanción	30
9.3.1.	Marco legal aplicable a las sanciones por actos de competencia desleal.	30
9.3.2.	Graduación de la sanción	31
VIII.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	44



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 3 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

I. OBJETO

El presente informe instructivo tiene por objeto poner en conocimiento del Cuerpo Colegiado Permanente el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, la STCCO), en su calidad de órgano instructor del procedimiento de solución de controversias seguido de oficio contra la empresa Sky Network S.A.C. (en adelante, SKY NETWORK), por la presunta infracción al literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de Competencia Desleal), en el mercado del servicio de acceso a internet.

Para la elaboración del presente análisis se han tomado en consideración los documentos que obran en el expediente.


II. EMPRESA INVESTIGADA

- **SKY NETWORK** es una persona jurídica que ha participado en el mercado del servicio de acceso a internet en Arequipa. No cuenta con registro de Valor Añadido ni está inscrita en el Registro de Comercializadores. Tampoco cuenta con autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, para prestar el servicio de acceso a Internet.

III. ANTECEDENTES


1. Mediante correos electrónicos de la Gerencia de Oficinas Desconcentradas (en adelante, GOD) de fechas 21 y 26 de abril de 2016, dirigidos al correo controversias@osiptel.gob.pe, se informó que SKY NETWORK y Grupo Inweb Perú E.I.R.L. (en adelante, Grupo Inweb), estarían concurriendo en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones sin título habilitante. Cabe indicar que, para el caso de SKY NETWORK, la GOD adjuntó a su correo copia de un comprobante de pago, emitido en el mes de setiembre de 2015 por dicha empresa a Kuntur Wasi S.A.C. (en adelante, Kuntur Wasi), por la provisión del servicio de acceso a internet.
2. En atención a ello, luego de una revisión de la página web del MTC, con fecha 28 de abril de 2016, la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados (en adelante, la Secretaría Técnica) remitió al MTC la Carta C.034-ST/2016, solicitando información, entre otros aspectos, respecto a si Grupo Inweb y SKY NETWORK, contarían con algún título en virtud del cual estarían habilitados para operar en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.
3. Asimismo, en la misma fecha, la Secretaría Técnica remitió las comunicaciones C.035-ST/2016 y C.038-ST/2016, requiriendo diversa información sobre las operaciones de Grupo Inweb y SKY NETWORK, respectivamente:



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 4 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

- (i) Indicar los servicios y/o tráfico que brindan, especificando la modalidad de prestación del servicio, así como el área en la cual desarrolla su actividad.
 - (ii) Especificar la fecha de inicio de sus operaciones por cada servicio que presta.
 - (iii) Indicar si prestan el servicio directamente o si comercializan el servicio de otra empresa, en cuyo caso, se solicitó indicar el nombre de la empresa cuyo servicio comercializan.
 - (iv) Indicar si cuentan con infraestructura de telecomunicaciones propia (antenas, torres, planta externa, entre otros).
 - (v) Especificar la tarifa, el número y el tipo de paquetes que han ofrecido por los servicios que prestan en cada una de las zonas donde han operado, desde la fecha de inicio de sus operaciones.
 - (vi) Indicar el número mensual de sus abonados por cada servicio, desde el inicio de sus operaciones.
4. Con fecha 12 de mayo de 2016, Grupo Inweb remitió comunicación en respuesta al requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica, presentando información sobre sus operaciones comerciales en los mercados de servicios de distribución de radiodifusión por cable y de acceso a internet.
 5. Ante la falta de respuesta a la carta C.038-ST/2016 por parte de SKY NETWORK, mediante carta C.075-ST/2016 de fecha 14 de junio de 2016, se reiteró el pedido de información. No obstante ello, la empresa no cumplió con absolver el requerimiento.
 6. En respuesta a la Carta C.034-ST/2016, el MTC remitió el Oficio N° 20792-2016-MTC/27 de fecha 23 de junio de 2016 informando entre otros aspectos, que las empresas Grupo Inweb y SKY NETWORK no contaban con títulos habilitantes para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
 7. Conforme a sus funciones, la Secretaría Técnica emitió, con fecha 13 de julio de 2016, el Informe N° 004-ST/2016 *“Investigación Preliminar: Presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de distribución de radiodifusión por cable y de acceso a Internet”*, a través del cual, entre otros aspectos, concluyó la existencia de indicios respecto a que las empresas Grupo Inweb y SKY NETWORK venían concurriendo ilícitamente en el mercado de telecomunicaciones, y recomendó solicitar al Consejo Directivo del OSIPTEL, la conformación de un Cuerpo Colegiado Ad-Hoc a fin de que evalúe el inicio de un procedimiento de oficio en contra de dichas empresas por la presunta existencia de infracciones a la normativa de represión de competencia desleal.
 8. Con fecha 22 de julio de 2016, mediante Resolución N° 001-2016-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc dispuso el inicio de un procedimiento de oficio en contra de las empresas Grupo Inweb y SKY NETWORK por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, conducta tipificada en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.
 9. Mediante Resolución N° 002-2016-CCO/OSIPTEL de fecha 24 de agosto de 2016, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSIPTEL declaró en rebeldía a Grupo Inweb y SKY NETWORK, al no haber cumplido con presentar sus descargos, pese a haber vencido




	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 5 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

el plazo otorgado para tal efecto, y dispuso dar inicio a la etapa de investigación, por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario, a cargo de la STCCO.

10. Con fecha 2 de setiembre de 2016, Grupo Inweb presentó su escrito de descargos, solicitando se le absuelva de la imputación formulada por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSIPTEL.
11. Mediante Resolución Nº 003-2016-CCO/OSIPTEL de fecha 9 de setiembre de 2016, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSIPTEL tuvo por presentado el escrito de descargos de Grupo Inweb y levantó su condición de rebelde, apersonándola al procedimiento.
12. A través del Oficio Nº 041-STCCO/2016 de fecha 21 de setiembre de 2016, la STCCO solicitó al INDECOPI, un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene 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.
13. Mediante Oficio Nº 042-STCCO/2016 de fecha 21 de setiembre de 2016, se solicitó opinión técnica a la Gerencia de Asesoría Legal del OSIPTEL (en adelante, la GAL) con relación a los sujetos pasivos del Aporte por Regulación:
 - (i) Si dicha modificación constituiría un cambio de criterio respecto a los sujetos pasivos del Aporte por Regulación, específicamente, respecto a las empresas comercializadoras.
 - (ii) De ser el caso, la fecha a partir de la cual las empresas comercializadoras se encontrarían obligadas al pago del Aporte por Regulación al OSIPTEL y si dicha fecha obedecería a la publicación de la Resolución de Consejo Directivo Nº 041-2016-CD/OSIPTEL¹.
14. Con fecha 21 de setiembre de 2016, la STCCO remitió el Oficio Nº 044-STCCO/2016 a la empresa Kuntur Wassi S.A.C. (en adelante, Kuntur Wassi), solicitando información respecto a lo siguiente: (i) la fecha desde la cual SKY NETWORK le ha prestado el servicio de acceso a Internet y (ii) de ser el caso, la fecha hasta la que contó con el servicio prestado por SKY NETWORK. Adicionalmente, se solicitó a Kuntur Wassi la remisión de copia de los comprobantes de pago emitidos por SKY NETWORK por el servicio contratado (preferentemente el primero y el último o más reciente), así como copia del contrato celebrado entre ambas.
15. Mediante Oficio Nº 045-STCCO/2016 de fecha 28 de setiembre de 2016, la STCCO solicitó a la GOD la realización de una acción de supervisión en el local de GRUPO INWEB.

¹ Mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 041-2016-CD/OSIPTEL se aprobó la modificación del Reglamento de Aporte por Regulación al OSIPTEL, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 085-2015-CD/OSIPTEL el cual entre otros aspectos modificó el literal i) del artículo 3º, referido a la definición de empresa operadora para los efectos de dicho Reglamento.




	DOCUMENTO	N° 001-STCCO/2019 Página 6 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

16. Por Oficio N° 098-2016/CD1-INDECOPI de fecha 05 de octubre del 2016, la CCD del INDECOPI dio respuesta al referido oficio, adjuntando jurisprudencia² 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 procedimiento.
17. Con fecha 11 de octubre de 2016, la GAL remitió el Informe N° 279-GAL/2016, en respuesta al Oficio N° 042-STCCO/2016, a través del cual, señaló su posición respecto a los obligados al pago de los aportes por regulación del OSIPTEL:
- (iii) Toda persona que perciba ingresos por la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, como las comercializadoras, son contribuyentes o sujetos pasivos del tributo, y se encuentran obligadas al pago del aporte por regulación al OSIPTEL, respecto de los ingresos que perciba por estos conceptos, desde la fecha en que ocurra en la realidad el hecho imponible.
 - (iv) Los agentes que brindan servicios de telecomunicaciones sin contar con el título habilitante se encuentran obligados al pago del aporte al OSIPTEL, en la medida que obtengan ingresos gravados.
 - (v) Lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento del Aporte por Regulación no implica un cambio de criterio respecto de los sujetos pasivos del tributo, debido a que estos fueron establecidos en la Ley que creó el tributo.
18. En respuesta al Oficio N° 044-STCCO/2016, Kuntur Wassi remitió una comunicación con fecha 18 de octubre de 2016, mediante la cual, entre otros aspectos, adjunta copia de facturas emitidas por SKY NETWORK por la prestación del servicio de acceso a Internet. Entre otras facturas, se puede apreciar las correspondientes a la prestación del servicio desde el 24 de octubre de 2013 hasta el 31 de octubre de 2013 (factura N° 001-000004), desde el 1 de noviembre de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2013 (factura 001-000015) y desde el 1 de setiembre de 2015 hasta el 30 de setiembre de 2015 (factura N° 001-000202).
19. Mediante Memorando N° 1217-GOD/2016 de fecha 31 de octubre de 2016, la GOD remitió el resultado de la acción de supervisión, adjuntando el acta de supervisión realizada en el local de Grupo Inweb y el Informe N° 001-S.ACR.ICA/GOD/2016 elaborado por la supervisora de la oficina desconcentrada de Ica, en respuesta al requerimiento de la STCCO contenido en el Oficio N° 045-STCCO/2016.
20. Con fecha 2 de noviembre de 2016, la STCCO emitió el Informe Instructivo N° 005-STCCO/2016, en el cual concluyó que SKY NETWORK y Grupo Inweb infringieron el literal b) del artículo 14.2° de la Ley de Represión de Competencia Desleal, al haber concurrido ilícitamente en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, sin contar con título alguno que los habilite a realizar dichas actividades económicas.

² Para mayor información ver la Resolución N° 191-2015/CD1-INDECOPI, Resolución N° 664-2015/SDC-INDECOPI, Resolución N° 140-2016/SDC-INDECOPI y Resolución N° 156-2016/SDC-INDECOPI.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 7 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

21. Mediante Resolución Nº 004-2016-CCO/OSIPTEL de fecha 3 de noviembre de 2016, el Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* del OSIPTEL dispuso poner en conocimiento de las empresas investigadas el Informe Instructivo Nº 005-STCCO/2016 elaborado por la STCCO, otorgándoles un plazo de quince (15) días hábiles para que presenten sus comentarios y alegatos por escrito.
22. Mediante Oficios Nº 093-STCCO/2016 y Nº 094-STCCO/2016, de fechas 22 de noviembre de 2016, la STCCO solicitó a Grupo Inweb y SKY NETWORK, respectivamente, información relacionada a sus ingresos:
- (i) Sus ingresos brutos y netos obtenidos por la comercialización del servicio de televisión por cable (desagregado por mes), desde octubre de 2013 hasta setiembre de 2015.
 - (ii) El total de los ingresos brutos relativos a todas las actividades económicas realizadas por su representada durante el año 2015.
 - (iii) Los estados de ganancias y pérdidas de la empresa correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015.
23. Mediante escrito del 23 de noviembre de 2016, Grupo Inweb presentó sus alegatos al Informe Instructivo, sosteniendo que no ha incurrido en violación de normas sancionadas por la Ley de Represión de Competencia Desleal.
24. Con fecha 13 de diciembre de 2016, Grupo Inweb dio respuesta al requerimiento contenido en el Oficio Nº 093-STCCO/2016, solicitando al Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* del OSIPTEL que declare la confidencialidad de la información remitida respecto a sus ingresos.
25. Con fecha 21 de diciembre de 2016, el Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* del OSIPTEL emitió la Resolución Nº 005-2016-CCO/OSIPTEL, resolviendo lo siguiente:

“Artículo Primero.- Declarar *FUNDADA EN PARTE* la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Grupo Inweb Perú E.I.R.L. mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2016; y consecuentemente otorgar el tratamiento de **CONFIDENCIAL** en atención a su contenido, a la información descrita en los numerales (i), (ii) y (iii), referidos en el punto 7.1. de la parte considerativa de la presente Resolución, por los fundamentos previamente expuestos.


Artículo Segundo.- Dar el tratamiento de *PÚBLICA* a la información señalada en el numeral iv referido en el punto 7.1. de la parte considerativa de la presente Resolución conforme lo expuesto en dicha sección.

Artículo Tercero.- Declarar *FUNDADO* el procedimiento de oficio iniciado contra las empresas Grupo Inweb Perú E.I.R.L. y Sky Network 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; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

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

- (i) Grupo Inweb Perú E.I.R.L.: 5,7 UIT por la comisión de una infracción grave.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 8 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

(ii) Sky Network S.A.C.: 2,1 UIT por la comisión de una infracción grave.

Artículo Quinto.- Ordenar a Grupo Inweb Perú E.I.R.L. y a Sky Network S.A.C., en calidad de medida correctiva, el cese de la conducta de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, y en consecuencia, se abstengan de concurrir en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, sin contar con título habilitante.

Esta medida correctiva deberá ser cumplida en un plazo no mayor a treinta (30) 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 Nº 087-2013-CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL.

26. Mediante Oficios Nº 130-STCCO/2016 y Nº 131-STCCO/2016, remitidos con fechas 27 y 26 de diciembre de 2016, la STCCO cumplió con notificar la Resolución Nº 005-2016-CCO/OSIPTEL a las empresas Grupo Inweb Y SKY NETWORK, respectivamente.
27. Con fecha 16 de enero de 2017, la señora Alithu Carolina García Vergonzini (en adelante, la señora García) presentó un escrito planteando cuestionamientos a la Resolución Nº 005-2016-CCO/OSIPTEL. Cabe indicar que en dicho escrito, la señora García manifestó ser ex gerente de la empresa SKY NETWORK, señalando que dicha empresa tenía como objeto social la venta de equipos y la prestación del servicio de acceso a internet satelital, el cual era brindado en calidad de “*distribuidor de la empresa Avantec (Rural Telecom)*”.
28. Así, en virtud al principio de impulso de oficio³, y en ejercicio del deber de encauzamiento⁴ dentro del procedimiento administrativo, mediante Resolución Nº 006-2016-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* del OSIPTEL requirió a la señora García, que en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, precisara si contaba con las facultades vigentes de representación de SKY NETWORK, y si su escrito de fecha 16 de enero de 2017 constituía un recurso de apelación contra la Resolución Nº 005-2016-CCO/OSIPTEL.
29. Con fecha 24 de enero de 2017, la señora García, presentó la documentación que acreditaría la vigencia de poder otorgada como Gerente General de SKY NETWORK, confirmando que su escrito de fecha 16 de enero de 2017 era un recurso de apelación

³ Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS.

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.3. **Principio de impulso de oficio.-** Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias. (...)”

⁴ Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS.


“Artículo 84.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

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

(...)

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



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 9 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSIPTEL Nº 005-2016-CCO/OSIPTEL.

30. A través de la Resolución Nº 007-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 25 de enero de 2017, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSIPTEL concedió el recurso de apelación interpuesto por SKY NETWORK contra la Resolución Nº 005-2016-CCO/OSIPTEL.
31. Mediante Oficio Nº 001-STTSC/2017 del 23 de febrero de 2017, la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias (en lo sucesivo, la STTSC) requirió a SKY NETWORK presentar la documentación que acreditase que la prestación del servicio de acceso a internet satelital era realizada en calidad “de distribuidor de Avantec (Rural Telecom)”, según lo comunicado en el recurso de apelación.
32. En cumplimiento a dicho requerimiento, con fecha 6 de marzo de 2017, la señora García alcanzó a la STTSC un contrato de comercialización celebrado con fecha 18 de octubre de 2013 entre Avantec S.A.C. (en adelante, Avantec) y SKY NETWORK, mediante el cual se autoriza a esta última empresa a comercializar el servicio de valor añadido brindado por Avantec.
33. Con fecha 29 de mayo de 2017, el Tribunal de Solución de Controversias emitió la Resolución Nº 001-2017-TSC/OSIPTEL, mediante la cual resolvió lo siguiente:


“Artículo Único.- Declarar la NULIDAD de la Resolución Nº 001-2016-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 22 de julio de 2016, en el extremo que imputó cargos a Sky Network S.A.C., así como de los actos administrativos posteriores vinculados a dicho extremo, en particular de la Resolución Nº 005-2016-CCO/OSIPTEL del 21 de diciembre de 2016⁵, y disponer que el órgano instructor reformule el posible hecho infractor, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa del presente pronunciamiento.”

IV. EL INICIO DE OFICIO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO

34. Considerando que el Tribunal de Solución de Controversias declaró la nulidad de la Resolución Nº 001-2016-CCO/OSIPTEL – así como de los actos administrativos posteriores - en el extremo referido a la imputación de cargos a SKY NETWORK y ordenó que la primera instancia administrativa formule una nueva imputación de cargos contra de dicha empresa, mediante Resolución Nº 025-2018-CCP/OSIPTEL del 30 de mayo de 2018 el Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL dispuso el nuevo inicio de un procedimiento de oficio contra la mencionada empresa por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, conducta tipificada en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Asimismo, puso en conocimiento de SKY NETWORK la referida Resolución a fin de que presente sus descargos en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.
35. A través del Oficio Nº 137-STCCO/2018 remitido con fecha 1 de junio de 2018, la STCCO cumplió con notificar la Resolución Nº 025-2018-CCP/OSIPTEL a la empresa SKY NETWORK.

⁵ En los extremos en que se pronuncian sobre la responsabilidad y la sanción aplicable a Sky Network.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 10 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

36. Por Resolución N° 035-2018-CCP/OSIPTEL del 26 de junio de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente declaró en rebeldía a SKY NETWORK, toda vez que no cumplió con presentar sus descargos dentro del plazo otorgado. De otro lado, se dio inicio a la etapa de investigación, por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario.
37. Mediante Oficio N° 219-STCCO/2018 remitido con fecha 28 de junio de 2018, la STCCO cumplió con notificar la Resolución N° 035-2018-CCP/OSIPTEL a la empresa SKY NETWORK.

V. ACCIONES REALIZADAS POR LA STCCO

38. A efectos de determinar la posible existencia de conductas que afecten la leal competencia, se realizaron los siguientes requerimientos de información:


5.1. Requerimiento de información al MTC

39. El 20 de agosto de 2018, la STCCO realizó una revisión de la página web del MTC, particularmente del registro de empresas de valor añadido⁶ y de empresas comercializadoras de servicios⁷. Cabe señalar que la STCCO no encontró que SKY NETWORK figurase en la información contenida en la página web del MTC como comercializador de algún servicio público de telecomunicaciones, ni como empresa de valor añadido.
40. Conforme a ello y a fin de corroborar dicha información, mediante Oficio N° 270-STCCO/2018 remitido el 23 de agosto de 2018, la STCCO requirió al MTC que corrobore si SKY NETWORK, contaba con algún título que la habilite a prestar o comercializar el servicio de acceso a internet, o si habiendo contado con título habilitante, éste hubiese sido resuelto o dejado sin efecto.
41. El 2 de octubre de 2018, mediante Oficio N° 306-STCCO/2018 la STCCO reiteró el requerimiento de información formulado al MTC a través del Oficio N° 270-STCCO/2018 de fecha 22 de agosto de 2018.
42. En respuesta a dicho requerimiento, mediante Oficio N° 20300-2018-MTC/27 recibido el 12 de octubre de 2018, el MTC remitió la información solicitada, indicando que SKY NETWORK no cuenta con algún título que lo habilite a prestar el servicio de acceso a Internet.
43. De otro lado, respecto a los títulos habilitantes que se otorgó a SKY NETWORK, el MTC informó que, con Certificado de Inscripción en el Registro de Casas Comercializadoras de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones, de fecha 19 de

⁶ Información actualizada al 17 de diciembre de 2018. Disponible en el siguiente enlace: http://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/registros/documentos/portal/Valor_A%C3%B1adido.pdf

⁷ Información actualizada al 17 de diciembre de 2018. Disponible en el siguiente enlace: <http://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/registros/documentos/portal/Comercializadores.pdf>



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 11 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

julio de 2013, registrado con el N° 5467, le otorgó el permiso para importar y comercializar equipos y aparatos de Telecomunicaciones.

44. Con respecto, al acto administrativo que dejó sin efecto el Certificado de Inscripción, el MTC comunicó que la inscripción del Certificado en el Registro de Casas Comercializadoras quedó sin efecto por vencimiento del plazo de vigencia, toda vez que el referido Certificado contó con un periodo de cuatro (4) años. Asimismo, indicó que el periodo de vigencia del Certificado otorgado fue del 19 de julio de 2013 al 19 de julio de 2017.

5.2. Requerimiento de información a la Secretaría Técnica de la CCD del INDECOPI

45. Conforme a lo dispuesto por el artículo 74° del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias⁸ (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias)⁹, esta STCCO dirigió el Oficio N° 309-STCCO/2018 de fecha 03 de octubre de 2018, a la Secretaría Técnica de la CCD del INDECOPI, a través del cual solicitó un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando la CCD del INDECOPI en materia de actos de violación de normas para la generalidad de mercados y agentes económicos, en particular, respecto al supuesto contenido en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.
46. El 6 de noviembre de 2018, mediante Oficio N° 358-STCCO/2018 la STCCO reiteró el requerimiento de información formulado a la Secretaría Técnica de la CCD a través del Oficio N° 309-STCCO/2018 de fecha 3 de octubre de 2018.
47. Mediante Oficio N° 105-2018/CCD-INDECOPI recibido el 12 de noviembre de 2018, la Secretaría Técnica de la CCD del INDECOPI remitió información mediante la cual desarrolla la interpretación¹⁰ que viene aplicando la CCD del INDECOPI en materia de actos de violación de normas para la generalidad de mercados y agentes económicos, en particular, respecto al supuesto contenido en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, señalando lo siguiente:


- (i) Tanto la CCD del INDECOPI como la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante, la Sala del INDECOPI)

⁸ Modificada por Resoluciones de Consejo Directivo N° 122-2016-CD/OSIPTEL, N° 038-2017-CD/OSIPTEL y N° 125-2018-CD/OSIPTEL.

⁹ **Reglamento de Solución de Controversias**
“Artículo 74.- Informe de INDECOPI. En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de mercados y agentes económicos.”

¹⁰ La Secretaría Técnica de la CCD adjuntó los siguientes pronunciamientos emitidos por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI: i) Resolución N° 191-2015/CD1-INDECOPI de fecha 2 de diciembre de 2015, recaída bajo Expediente N° 116-2015/CCD; ii) Resolución N° 140-2016/SDC-INDECOPI de fecha 15 de marzo de 2016, recaída bajo Expediente N° 244-2013/CCD; iii) Resolución N° 0717-2017/SDC-INDECOPI de fecha 19 de diciembre de 2017, recaída bajo Expediente N° 004-2016/CD1; y, iv) Resolución N° 0012-2018/SDC-INDECOPI de fecha 15 de enero de 2018, recaída bajo Expediente N° 007-2016/CCD.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 12 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

han establecido que la infracción de normas imperativas se configurará cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite la existencia de los referidos documentos. Asimismo señaló que en el supuesto de violación de normas, no se sanciona el hecho de infringir una norma imperativa, lo cual corresponde a la entidad competente; sino el hecho de que un agente económico se valga de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas.


- (ii) Los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobados mediante la Resolución Nº 001-2016-LIN-CD1/INDECOPI, la CCD del INDECOPI, señalan que la ventaja significativa estará dada por el solo hecho de concurrir en el mercado sin el título habilitante necesario para ingresar al mismo, pues el ahorro obtenido por el agente infractor al no contar con el título habilitante correspondiente le permite alterar las condiciones de competencia, al mejorar su posición en el mercado, lo cual no obedece a su eficiencia o mayor competitividad (por ejemplo: a precios menores o mejor calidad), sino precisamente a la infracción de una norma imperativa.
- (iii) Lo anterior coincide con lo señalado en la exposición de motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal que establece que la realización de una actividad económica, sin los respectivos contratos o títulos, constituye un acto de competencia desleal, pues el agente infractor al no incurrir en los costos requeridos para adecuar su actividad a los parámetros establecidos por las normas vigentes, se coloca en una ventaja significativa respecto de los agentes que sí incurren en dichos costos.

5.3. Requerimiento de información a SKY NETWORK

48. A fin de contar con elementos de juicio que permitan resolver los distintos aspectos de esta controversia, la STCCO, mediante Oficio Nº 312-STCCO/2018 remitido el 9 de octubre de 2018, solicitó a SKY NETWORK la siguiente información dentro un plazo de diez (10) días hábiles:

- (i) Sus ingresos brutos y netos obtenidos por la comercialización del servicio de acceso a internet desde octubre de 2013 hasta setiembre de 2015.
- (ii) El total de los ingresos brutos relativos a todas las actividades económicas realizadas por SKY NETWORK durante el año 2015.
- (iii) Los estados de ganancias y pérdidas de la empresa correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015.
- (iv) El número mensual de abonados a los que ha prestado el servicio de acceso a internet desde octubre de 2013 hasta setiembre de 2015, clasificados por el precio del plan tarifario contratado.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 13 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

49. No obstante, a la fecha, la empresa SKY NETWORK no ha cumplido con remitir la información solicitada.

VI. POSICIÓN DE LA EMPRESA INVESTIGADA

50. Hasta la fecha, SKY NETWORK no ha cumplido con presentar sus descargos y tiene la calidad de rebelde en el presente procedimiento, de acuerdo a la Resolución N° 035-2018-CCP/OSIPTEL del 26 de junio de 2018.

VII. ALCANCES DEL INFORME INSTRUCTIVO

51. De acuerdo con lo establecido en el artículo 76° del Reglamento de Solución de Controversias¹¹, luego de culminada la etapa de investigación, la STCCO presenta el caso ante el Cuerpo Colegiado, emitiendo opinión en relación con las conductas materia de investigación y, en caso de considerar que ha comprobado la existencia de infracciones, recomienda la imposición de las sanciones a que hubiera lugar.

52. Por tanto, mediante el presente Informe Instructivo, la STCCO cumple con emitir su opinión en relación con la conducta imputada a la empresa SKY NETWORK, a fin de determinar si ésta constituye un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas de acuerdo al literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

VIII. MARCO LEGAL APLICABLE

8.1. Los títulos habilitantes exigidos para la prestación del servicio de acceso a internet

53. Según el marco legal vigente, el otorgamiento de títulos habilitantes constituye una práctica de control del Estado, por medio de la cual se verifican determinados requisitos previstos por la legislación sectorial para la emisión de la habilitación respectiva que faculta al operador de telecomunicaciones a iniciar su correspondiente actividad en alguno de los mercados de los servicios públicos de telecomunicaciones.

54. El concepto de título habilitante comprende *“un conjunto de técnicas administrativas que condicionan el inicio de diversas actividades, compartiendo así, el levantamiento de la prohibición relativa para el desarrollo (inicio) de una actividad o para el ejercicio de un derecho”*^{12 13}. Es así que, de forma general, puede entenderse por título

¹¹ Reglamento de Solución de Controversias


“Artículo 76.- Informe Instructivo.-

Dentro de los diez (10) días de vencido el plazo de la etapa de investigación, la Secretaría Técnica emitirá el informe instructivo, emitiendo opinión sobre los extremos de la denuncia, y recomendando la imposición de las sanciones a que hubiere lugar. Este plazo podrá ser prorrogado por el Cuerpo Colegiado de forma motivada, a solicitud de la Secretaría Técnica”. (Énfasis agregado)

¹² ARAUJO-JUÁREZ, José (S.A), Los títulos habilitantes en materia de telecomunicaciones en Venezuela, Pág. 171-194. Consultar en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3043/8.pdf>. (Última visita: 9/12/2018)

¹³ “El género de título habilitante es, pues, una técnica de comprobación de la satisfacción de los requisitos previstos por la legislación aplicable, previa al momento en el que el particular puede iniciar lícitamente la actividad”. ZEGARRA



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 14 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

habilitante a “las distintas clases de actos administrativos, tales como concesiones, permisos, autorizaciones y licencias”¹⁴.

55. En esa línea, Danos Ordoñez señala que existen diversas formas de documentos que posibilitan el acceso al mercado; no restringiendo el concepto de título habilitante a la concesión, “porque en muchos casos se utilizan las figuras de las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso y contratos de explotación, entre otros mecanismos para otorgar derechos”¹⁵.
56. De igual forma, el marco legal vigente aplicable al mercado de los servicios de telecomunicaciones reconoce diversos tipos de títulos administrativos habilitantes (tales como las concesiones, autorizaciones, permisos, licencias e inscripciones en determinados registros), a través de los cuales el MTC concede a personas naturales o jurídicas la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones.
57. Con respecto a las inscripciones en determinados registros, el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 013-93-TCC (en adelante, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones) señala en su artículo 31º que, para la prestación de servicios de valor añadido es suficiente la inscripción en el Registro de Empresas Prestadoras de Servicios de Valor Añadido¹⁶.
58. Recordemos que el servicio de acceso a internet, denominado en dicha norma como servicio de conmutación de datos por paquetes¹⁷, constituye un servicio de valor añadido. Como se puede apreciar, los servicios de valor añadido “son servicios de telecomunicaciones que se soportan en las redes de los servicios básicos añadiéndole características especiales a tales servicios”¹⁸.

VALDIVIA, Diego. (2005). La utilización de recursos escasos en telecomunicaciones: el caso del espectro radioeléctrico y la numeración. Revista de Derecho PUCP – Facultad de Derecho. Nº 58, Pág. 485-516.

¹⁴ Libro Azul de las Américas. Políticas de Telecomunicaciones para las Américas. Comisión Interamericana de Telecomunicaciones, Organización de los Estados Americanos y la Unión Internacional de Telecomunicaciones. 2005. Pág. 54

¹⁵ DANÓS ORDOÑEZ. El régimen de los contratos estatales en el Perú. En Revista Ita Ius Esto Nº1. Año 2008, pp. 166-167.

¹⁶ **TUO de la Ley de Telecomunicaciones**

“**Artículo 31.-** (...) Para la prestación de servicios de valor añadido no se requiere autorización previa, siendo suficiente la inscripción de las empresas prestadoras en el registro pertinente del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La inscripción en el Registro de Empresas Prestadoras de Servicios de Valor Añadido se sujeta al procedimiento de aprobación automática.”

¹⁷ **Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 020-2007-MTC**

“**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.

(...)”

¹⁸ MONTEZA PALACIOS. Nuevos Escenarios de Competencia en Telecomunicaciones. El Boom de los Servicios de Valor Añadido. En Derecho & Sociedad Nº36. Año 2011, pp. 58-64.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 15 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

59. Por su parte, el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, define al servicio de acceso a internet como aquel que permite a los usuarios acceder al contenido, información, aplicaciones u otros servicios ofrecidos a través de la red de Internet, red de alcance mundial de redes de computadoras cuya conectividad viene dada por el uso de un protocolo de comunicación común: TCP/ IP - *Transmission Control Protocol / Internet Protocol*.¹⁹

60. En esa misma línea, el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC (en adelante, el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones) señala que a 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.”

61. 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 Telecomunicaciones²⁰.

¹⁹ Consulta: fecha 25 de mayo de 2018, desde <https://www.osiptel.gob.pe/glosario>.

Definición de Internet ubicada en la sección “Glosario de Términos” de la página web del OSIPTTEL.

Este protocolo provee un lenguaje común de operación entre redes que por sí mismas usan una variedad de protocolos. Actualmente los usos principales de INTERNET son: el correo electrónico, la transferencia de archivos entre computadoras (file transfer o ftp), el acceso remoto a computadoras (remote login), y el World Wide Web. (Exposición de Motivos del Régimen de Tarifas Máximas Fijas para los Servicios de Transmisión de Datos mediante Arrendamiento de Circuitos Virtuales Frame-Relay Internet, aprobado por Resolución N° 013-96-CD/OSIPTEL).

²⁰ TUO del 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.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 16 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

62. Cabe señalar que, tanto el TUO de la Ley de Telecomunicaciones²¹ como su Reglamento²² 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. Así, de realizarse actividades relacionadas con los servicios públicos de telecomunicaciones sin contar la autorización correspondiente se configurará una infracción grave, según lo dispuesto en el artículo 87º de la Ley de Telecomunicaciones²³.
63. De otro lado, resulta relevante señalar que la prestación del servicio de acceso a internet puede realizarse también a través de una segunda modalidad, por medio de la comercialización. Al respecto, debe indicarse que el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, en su artículo 138º, 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”*.
64. Con relación a los comercializadores, el propio TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones²⁴ 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 de la inscripción en el Registro de Comercializadores, administrado por el MTC.
65. Cabe indicar que, desarrollar actividades de comercialización sin la correspondiente inscripción en el Registro de Comercializadores constituye una infracción administrativa leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la *“Norma que establece los requisitos, procedimiento y demás aspectos vinculados a la*

(...)”

²¹ **TUO de la 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.”

²² **TUO del 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.”

²³ **TUO de la Ley de Telecomunicaciones**

“Artículo 87.- Constituyen infracciones muy graves:


1. La realización de actividades relacionadas con los servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente autorización o concesión o comunicación previa sobre el servicio a brindar previsto en el régimen de concesión única, de acuerdo a las condiciones que establezca el Reglamento.”

²⁴ **TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones**

“Artículo 138.- Comercialización o reventa

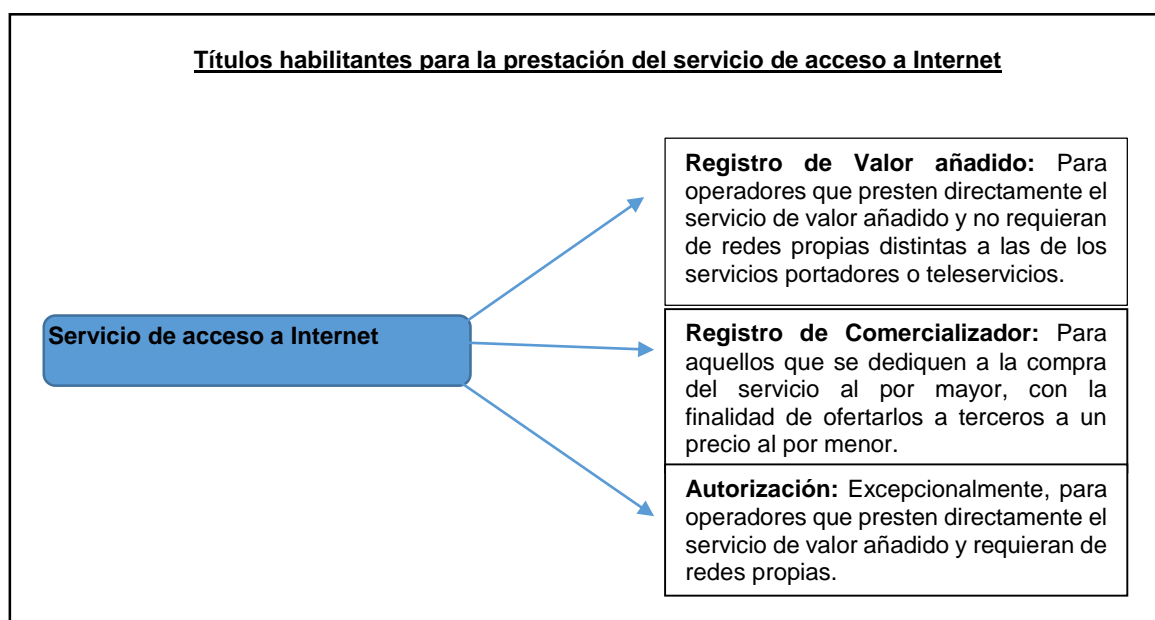
1. Se entiende por comercialización o reventa a la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compra tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros al por menor. Los revendedores o comercializadores deberán registrarse en el Registro de Comercializadores,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



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 17 de 44

inscripción en el Registro de comercializadores” ²⁵, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 110-2000-MTC/15.03.

66. Un aspecto adicional que conviene señalar es lo 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 conformidad con lo establecido en los “*Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones*” aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 020-98-MTC y modificatorias²⁶, dichos establecimientos no requieren de título habilitante expedido por el MTC para su funcionamiento.
67. A manera de resumen, el siguiente gráfico permite apreciar los distintos títulos que habilitan la prestación del servicio de acceso a Internet:




Elaboración: STCCO

²⁵ **Decreto Supremo Nº 110-2000-MTC/15.03**
"7. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS Y SANCIONES
 Constituyen infracciones administrativas relativas a la actividad de comercialización:
 a) *Desarrollar actividades de comercialización sin la correspondiente inscripción en el "Registro de Comercializadores"; (...)*
La sanción a imponerse será la que corresponda aplicar para las infracciones administrativas leves, según lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 013-93-TCC"

²⁶ **Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones**
"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."



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 18 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

68. Por tanto, conforme se desprende del marco legal vigente, la correspondencia de alguno de los títulos habilitantes exigidos por la legislación vigente para cada operador, dependerá principalmente de la forma en la cual se realiza la prestación del servicio, de acuerdo a los siguientes criterios:

- a. Si la prestación del servicio se realiza a través de redes propias, las mismas que son utilizadas para la prestación servicios portadores o teleservicios, corresponderá contar con la inscripción en el Registro del servicio de valor añadido.
- b. Si la prestación del servicio se realiza a través de redes propias distintas a las utilizadas para la prestación de los servicios portadores y teleservicios, corresponderá contar con la respectiva Autorización.
- c. Si la prestación del servicio se realiza por aquellos proveedores que se dedican a la compra del servicio al por mayor para ofrecerlo a terceros a un precio al por menor, corresponderá contar con la inscripción en el Registro de comercializadores.

69. Finalmente, es el MTC la autoridad encargada de evaluar la solicitud formulada por el “solicitante” a efectos de determinar si corresponde que éste cuente con alguno de los tres (3) títulos habilitantes previamente mencionados.

8.2. Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. Normativa y criterios aplicables

70. 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 deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado²⁷.

71. Una modalidad de actos desleales se encuentra establecida expresamente en el artículo 14º de la Ley de Represión de la 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:


²⁷ **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.”



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 19 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

- 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. (...)” (Énfasis agregado).

72. De acuerdo a la norma citada, la violación de normas se producirá cuando una *“infracción normativa afecte de forma positiva la posición competitiva del infractor, al romper el principio de igualdad frente a otros competidores que sí cumplen con la ley”*²⁸. En tal sentido, la presente infracción busca sancionar las prácticas que alteren la posición de igualdad ante la ley en que deben encontrarse todos los agentes competidores en el mercado²⁹.

73. En esta misma línea, diversa jurisprudencia administrativa de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante, la SDC del INDECOPI) ha señalado que la infracción previamente referida *“consiste en la realización de conductas que tengan como efecto, real o potencial, valerse de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas correspondientes a un determinado ordenamiento sectorial”*³⁰.

74. En tal sentido, nos encontraremos ante un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando se presenten dos elementos concurrentes: (i) una conducta consistente en la infracción de una norma imperativa, y (ii) un efecto real o potencial que radica en la consecución de una ventaja competitiva significativa como resultado de la infracción.

75. Al respecto, a fin de determinar el primer elemento, esto es la vulneración de una norma imperativa sectorial, el artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, establece dos supuestos en los que quedará acreditada la existencia de la infracción³¹.

76. Una primera modalidad se acredita cuando a través de la infracción de una norma imperativa se obtiene una ventaja significativa en el mercado, siendo dicha infracción determinada por una autoridad competente mediante resolución previa y firme. En relación con ello, es preciso señalar que la ley establece que debe tratarse de una


²⁸ Kresalja Rosselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.

²⁹ MASSAGUER; José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas.1999. Pg. 432.

³⁰ Resolución de la SDC del Tribunal del INDECOPI N° 0200-2016/SDC-INDECOPI de fecha 21 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 0110-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Llama Gas Pucallpa S.A. contra GLP Amazónico S.A.C.

³¹ Cabe señalar que conforme al artículo 14º de la Ley de Represión de Competencia Desleal, una tercera modalidad la constituye el supuesto de la actividad empresarial del Estado sin cumplir con el principio de subsidiariedad.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 20 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

*“norma imperativa”*³². Asimismo, para que la decisión que determina la infracción pueda ser considerada firme, ésta no puede encontrarse pendiente de ser revisada en la vía contencioso administrativa.

77. De otro lado, la segunda modalidad se acredita cuando un agente económico que se encuentra sujeto a cumplir con ciertos requisitos (contar con autorizaciones, contratos o títulos) que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no cumple aquellas condiciones para concurrir en el mercado. En dicho escenario, la realización de esta actividad económica sin cumplir con dichos requisitos, también 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, por lo que a través de esta concurrencia ilícita puede obtener una venta significativa en el mercado en el que participa.

78. En el presente caso, corresponderá a esta STCCO analizar si SKY NETWORK ofertó el servicio de acceso a internet sin contar con título habilitante alguno, concurriendo ilícitamente en el mercado de acuerdo a la infracción prevista en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, por lo que a continuación se desarrollarán los alcances de este segundo supuesto.

8.3. El supuesto de violación de normas de acuerdo al literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal

79. Conforme al literal b) del artículo 14.2 de Ley de Represión de Competencia Desleal, se configurará esta segunda modalidad de violación de normas, cuando un agente concurrente obligado a contar con determinados títulos habilitantes para desarrollar su actividad empresarial, no cumple con acreditar documentalmente su tenencia. Cabe indicar que, en caso sea necesario la autoridad de competencia requerirá a la autoridad sectorial competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.


80. Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal, indica lo siguiente:

*“(...) 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 normativas vigentes, situación que lo coloca en ventaja significativa respecto de los agentes que si incurren en dichos costos.”*³³

³² En palabras de Aníbal Torres, las normas imperativas son establecidas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto a quien no le está permitido dejarlas sin efecto, ni total ni parcialmente, en sus actos privados. TORRES, Anibal. *“Introducción al Derecho”*, Tercera Edición, 2008. Editorial IDEMSA, Lima, pg. 267-268.

³³ Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal, pp. 20.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 21 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

81. Asimismo, la Exposición de Motivos menciona que para acreditar la comisión del acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas previsto en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, bastará con verificar si el agente investigado cuenta con las autorizaciones respectivas para realizar su actividad económica.
82. En esta misma línea, de acuerdo a lo señalado en los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, en esta segunda modalidad de violación de normas se aprecia que la carga de la prueba es trasladada al investigado, quien deberá acreditar si cuenta con los títulos habilitantes que le sean requeridos para la realización de la actividad económica respectiva.
83. En el mismo sentido, la SDC del Tribunal de INDECOPÍ³⁴ ha reconocido en diversos pronunciamientos, que el supuesto regulado en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, exige que la autoridad compruebe que el competidor no cuente con aquellas declaraciones de la autoridad sectorial competente o contratos que le permitan llevar a cabo lícitamente la actividad económica, lo cual se evidencia con la omisión, negativa o la imposibilidad por parte de éste, de exhibir o entregar las referidas autorizaciones, licencias o contratos:


"El segundo supuesto se encuentra contenido en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal y está relacionado con el hecho de que el agente económico concurrente, que debería contar con las autorizaciones, contratos o títulos habilitantes que se requieran obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial no acredite documentalmente su tenencia. En tal sentido, esta modalidad de violación de normas se acredita con la omisión, negativa o imposibilidad de exhibir o entregar las referidas autorizaciones, licencias o contratos."

En este último caso, lo que se comprueba es que el competidor no cuenta con aquellas declaraciones de la autoridad sectorial competente o contratos de acceso al mercado que lo habilitan a llevar a cabo lícitamente la actividad económica, lo cual evidencia la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico. (...)"
(subrayado agregado)

84. Asimismo, según lo indicado en los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, en caso sea necesario, el OSIPTEL podrá requerir un informe de la autoridad a cargo del otorgamiento de los referidos títulos habilitantes, a fin de determinar de modo fehaciente si el presunto infractor cuenta o no con las referidas autorizaciones.
85. En atención a lo expuesto, se desprende que la infracción prevista en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal se configurará cuando el agente investigado no acredite la existencia de algún título habilitante que se

³⁴ A manera de ejemplo, véanse los siguientes pronunciamientos de la SDC del Tribunal del INDECOPÍ: i) Resolución N° 140-2016/SDC- INDECOPÍ de fecha 15 de marzo de 2016, recaída bajo el Expediente N°244-2013/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por la Sociedad Nacional de Industrias contra Oleaginosa del Sur S.R.L.; ii) Resolución N° 0200-2016/SDC-INDECOPÍ de fecha 21 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 0110-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Llama Gas Pucallpa S.A. contra GLP Amazónico S.A.C.; iii) Resolución N° 0187-2016/SDC-INDECOPÍ de fecha 15 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 035-2015/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido de oficio contra S.P.S. Ingenieros S.A.C.; y, iv) Resolución N° 0488-2016/SDC-INDECOPÍ de fecha 22 de setiembre de 2016, recaída bajo Expediente N° 55-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Compañía de Seguridad Prosegur S.A. contra Smart Security S.A.C.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 22 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

requiera obligatoriamente para realizar cierta actividad económica³⁵, siendo que, en caso sea necesario, el OSIPTTEL requerirá un informe a la autoridad sectorial competente con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización respectiva.

86. Ahora bien, de acuerdo a la definición señalada en el artículo 14.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el segundo elemento del tipo de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se relaciona con que el agente debe obtener una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción a la normativa sectorial correspondiente, esto es, debe considerarse la disminución o el ahorro en costos que ha logrado una empresa como consecuencia de la infracción a la norma imperativa.

87. En concordancia con la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal, la ventaja significativa para la modalidad de actos de violación de normas contenida en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, es de tipo objetiva:

“(...) 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 incurren 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)


88. En esta misma línea, la jurisprudencia administrativa del OSIPTTEL y del INDECOPI han reconocido que la acreditación de la ventaja significativa para la modalidad descrita en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal es del tipo objetivo (*per se*).

“(...) 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 competidores³⁶.

³⁵ Este criterio ha sido aplicado en diversas Resoluciones de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, véase la Resolución Nº 008-2015/CCD-INDECOPI (Expediente Nº 182-2012/CCD), la Resolución Nº 106-2015/CD1-INDECOPI (Expediente Nº 261-2011/CCD) la Resolución Nº 191-2015/CD1-INDECOPI (Expediente Nº 116-2015/CCD), la Resolución Nº 024-2015-CD -INDECOPI (Expediente Nº 249-2013/CCD).

³⁶ Revisar los siguientes pronunciamientos emitidos por la SDC del Tribunal del INDECOPI: i) Resolución Nº 0200-2016/SDC-INDECOPI de fecha 21 de abril de 2016, recaída bajo Expediente Nº 0110-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Llama Gas Pucallpa S.A. contra GLP Amazónico S.A.C.; ii) Resolución Nº 0187-2016/SDC-INDECOPI de fecha 21 de abril de 2016, recaída bajo Expediente Nº 0110-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Llama Gas Pucallpa S.A. contra GLP Amazónico S.A.C. Página 22 de 44



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 23 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

“(…) En tal sentido, aun cuando en el territorio en el que preste servicios una empresa infractora, no existiera otro concesionario o prestador de servicios públicos de telecomunicaciones, ello no eximiría de responsabilidad a aquella, toda vez que no necesariamente debe existir daño real y que el carácter significativo de la ventaja ilícita obtenida en este supuesto es per se, es decir, no se requiere cuantificar para la determinación de la infracción. No obstante ello, este Cuerpo Colegiado considera adecuado, hacer mención de algunos de los costos que son ahorrados por los agentes que brindan de forma informal el servicio de distribución de radiodifusión por cable y el servicio de acceso a Internet, los cuales, adicionalmente a los ingresos percibidos durante la concurrencia ilícita, formarían parte de la ventaja significativa”³⁷.

89. Conforme a lo desarrollado por los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL en diversos pronunciamientos, la metodología de análisis sobre la existencia de una presunta infracción al literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, debe abarcar los siguientes aspectos:

- (i) Que el agente haya vulnerado una norma imperativa, para el caso en concreto, la contravención debe involucrar no contar con una autorización, contratos o títulos para operar en el mercado.
- (ii) La existencia de una ventaja significativa para el infractor generada a partir de dicha infracción.
- (iii) La posibilidad de valerse de dicha ventaja en el mercado.

90. Por tanto, en atención a lo anteriormente expuesto, en el presente Informe, la STCCO deberá acreditar los hechos expresados en la imputación de cargos formulada contra SKY NETWORK, y, conforme a ello, proceder a valorarlos en relación a los aspectos previamente señalados para el análisis sobre la existencia de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas de acuerdo a la infracción tipificada en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, recomendando de ser el caso, la imposición de sanciones a que hubiera lugar.


IX. ANÁLISIS

91. En atención a lo previamente desarrollado, se analizará (i) si SKY NETWORK efectivamente ha concurrido en el mercado del servicio de acceso a internet sin contar con el título habilitante exigido por la legislación sectorial (registro de valor añadido,

2016/SDC-INDECOPI de fecha 15 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 035-2015/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido de oficio contra S.P.S. Ingenieros S.A.C.; iii) Resolución N° 0488-2016/SDC-INDECOPI de fecha 22 de setiembre de 2016, recaída bajo Expediente N° 55-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Compañía de Seguridad Prosegur S.A. contra Smart Security S.A.C.; y, iv) Resolución N° 483-2014/SDC-INDECOPI de fecha 22 de abril de 2014, recaída bajo Expediente N° 252-2012/CCD, en el marco del procedimiento seguido por Daniel José Leonardo Reátegui Palacios contra Asociación Educativa Instituto Técnico de Administración de Empresas.

³⁷ Revisar las siguientes Resoluciones de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL: i) Resolución N° 005-2016-CCO/OSIPTEL de fecha 21 de diciembre de 2016, recaída bajo Expediente N° 002-2016-CCO-ST/CD, en el marco del procedimiento seguido de oficio contra Grupo Inweb Perú E.I.R.L. contra Sky Network S.A.C.; y, ii) Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 10 de julio de 2014, recaída bajo Expediente N° 002-2013-CCO-ST/CD, emitida en el marco del procedimiento seguido de oficio contra Radiodifusión TV Sucre E.I.R.L. y otros.




	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 24 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

registro de comercializador y/o autorización); y (ii) si dicha posible infracción ha generado una ventaja significativa para el infractor.

9.1. Respecto a la concurrencia de SKY NETWORK en el mercado de servicio de acceso a internet sin contar con título habilitante

92. De la información remitida por un abonado de SKY NETWORK, la empresa Kuntur Wassi, se puede apreciar que desde octubre de 2013 hasta setiembre de 2015, SKY NETWORK prestó el servicio de acceso a internet satelital ilícitamente, toda vez que no contaba con ninguno de los títulos habilitantes exigidos por la legislación sectorial para concurrir en dicho mercado.
93. Asimismo, de la documentación remitida por el MTC mediante Oficio Nº 20792-2016-MTC/27 de fecha 22 de junio de 2016, se puede advertir que la empresa SKY NETWORK no contaba con la inscripción en el Registro de Empresas Prestadoras de Servicios de Valor Añadido ni del Registro de Comercializadores.
94. Cabe señalar que con ocasión del recurso de apelación presentado por SKY NETWORK ante el Tribunal de Solución de Controversias, la empresa presentó con fecha 6 de marzo de 2017, un contrato de comercialización celebrado con fecha 18 de octubre de 2013 con Avantec S.A.C. (Avantec), mediante el cual se autoriza a SKY NETWORK a comercializar el servicio de valor añadido brindado por Avantec.
95. Posteriormente, ante un nuevo requerimiento formulado por la STCCO, el 12 de octubre de 2018, el MTC comunicó mediante Oficio Nº 20300-2018-MTC/27 que en la actualidad SKY NETWORK no cuenta con registro vigente que lo habilite a prestar el servicio de valor añadido de acceso a internet, autorización para prestar dicho servicio o registro para comercializarlo. De igual manera informó que el único título habilitante otorgado fue el permiso para importar y comercializar equipos y aparatos de telecomunicaciones, concedido del 19 de julio de 2013 al 19 de julio de 2017.
96. Cabe mencionar que para tal efecto, la información proporcionada por el MTC, autoridad competente para autorizar la operación de los agentes económicos en el servicio de acceso a internet, resulta de vital importancia, pues dicho órgano informó a esta STCCO que SKY NETWORK no contaba ni cuenta con título habilitante alguno para concurrir en dicho mercado.
97. Resulta preciso señalar que, pese a que se solicitó información a la empresa SKY NETWORK, esta empresa no cumplió con remitir la información requerida. Asimismo, dicha empresa no se ha apersonado al presente procedimiento.
98. En este sentido, esta STCCO considera que de los actuados en el presente procedimiento se ha podido acreditar la configuración de la infracción prevista en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal por parte de SKY NETWORK, en atención a los siguientes medios probatorios que acreditan su concurrencia en el mercado de acceso a internet sin contar con ninguno de los títulos habilitantes exigidos por la legislación sectorial: (i) el comprobante de pago alcanzado por Kuntur Wasi, donde se le facturaba por la prestación del servicio de acceso a Internet brindado por SKY NETWORK; (ii) los informes emitidos por el MTC, donde



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 25 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

se indica que la empresa no contaba ni cuenta con título alguno que le habilite a prestar servicios de telecomunicaciones; y, (iii) el contrato de comercialización suscrito entre SKY NETWORK y AVANTEC que fuere presentado ante el Tribunal de Solución de Controversias.

99. Asimismo, como se explicó anteriormente, en esta modalidad de violación de normas se invierte la carga de la prueba al administrado, quien durante el procedimiento debe acreditar documentalmente contar con alguno de los títulos habilitantes requeridos de manera obligatoria por la normativa vigente, para el inicio o desarrollo de su respectiva actividad económica en el mercado del servicio de acceso a internet.
100. En virtud a lo antes expuesto y atendiendo a que durante la etapa de investigación del procedimiento administrativo en primera instancia, SKY NETWORK pudo haber presentado alguno de los títulos habilitantes que la autorice a operar en el mercado del servicio de acceso a internet, se concluye que esta empresa pudo ejercer adecuadamente su derecho de defensa, en concordancia con lo previsto en el numeral 4 del artículo 252.1 el TUO de la LPAG³⁸.
101. Sobre el particular, como se señaló previamente, la legislación sectorial exige a las empresas proveedoras de servicios de acceso a internet a contar con anterioridad al inicio de sus operaciones con alguno de los tres (3) tipos de títulos habilitantes³⁹ anteriormente definidos, cuya correspondencia para cada caso en particular dependerá de la forma en la que se preste dicho servicio, obedeciendo principalmente a si se brinda o no el mismo desde la propia red o infraestructura del operador, y si este fuera el caso se deberá definir si dicho servicio se presta o no bajo la misma red que soporta los servicios portadores o teleservicios.
102. En esta misma línea, si bien SKY NETWORK presentó en segunda instancia administrativa el “*Contrato de Comercialización*” celebrado con Avantec, ello no determina que en la realidad le hubiese correspondido contar única y necesariamente con la inscripción en el “*Registro de Comercializadores*”, dado que al no haberse solicitado a la autoridad competente (MTC)⁴⁰ la inscripción a dicho registro, no se habrían evaluado los requisitos que se debieron verificar respecto de la forma de comercialización del servicio, para acreditar que dicho título habilitante era el que correspondía obtenerse en el caso en particular, de acuerdo a las características del servicio y de la infraestructura por medio de la cual brinda el mismo.

³⁸

TUO DE LA LPAG

“Artículo 252.- Caracteres del procedimiento sancionador

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

(...)

4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 171.2 del artículo 171, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación. (...)


³⁹

La inscripción en el registro de prestadores del servicio de valor añadido, inscripción en el registro de comercializadores o la obtención de una autorización.

⁴⁰

Cabe indicar que de acuerdo al marco legal vigente, la entidad competente para evaluar sobre el otorgamiento pertinente de los títulos habilitantes es el MTC, siendo esta la autoridad facultada para realizar la verificación de los requisitos para la respectiva aprobación del título habilitante. Asimismo, es ésta la entidad sectorial competente para sancionar la infracción administrativa de la no tenencia del título habilitante respectivo, desde el punto de vista de la Ley de Telecomunicaciones.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 26 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

103. Asimismo, es oportuno mencionar que como se puede verificar del portal web del MTC⁴¹, existen empresas operadoras⁴² que cuentan con la inscripción en dos tipos de registros habilitantes, tanto en el registro del servicio de valor añadido, como en el registro de comercializadores. De ello se desprende que en determinados casos no solo corresponde tramitar un único tipo de título habilitante para cada empresa proveedora, sino que ello dependerá de la forma en la que se preste el servicio de acceso a internet, obedeciendo a si se realiza a través de su propia red o por medio de la reventa.
104. En base a lo anterior, el hecho de contar con un “*Contrato de Comercialización*”, como el presentado en segunda instancia, no descarta la posibilidad de que el desarrollo de actividades del agente investigado pueda requerir de la obtención de otros tipos de títulos habilitantes diferentes al registro de comercializadores para la prestación del servicio de acceso a internet, lo cual obedece propiamente a la forma en la cual el proveedor realiza la prestación del servicio, y al análisis que el MTC efectúe sobre el particular. Sin embargo, el mencionado documento, acredita que la empresa concurrió prestando cuando menos, el servicios de acceso a internet como comercializador, por lo que debió contar con el registro de comercializador correspondiente otorgado por la autoridad competente, esto es, el MTC.
105. En ese sentido, y considerando que el OSIPTEL no es competente para evaluar las infracciones previstas por la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que para que se configure el hecho infractor de violación de normas previsto en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, bastará con que el agente investigado no acredite la tenencia de alguno de los tres (03) títulos habilitantes exigidos para la prestación del servicio de acceso a internet⁴³.
106. Concretamente, en estos actuados está acreditado que SKY NETWORK operó en el mercado de servicios de acceso a internet como comercializador – ello sin perjuicio que durante el período infractor haya provisto dicho servicio de manera directa – por lo cual confluyen los elementos necesarios para imputar a SKY NETWORK el hecho infractor consistente en concurrir en el mercado de acceso a internet sin contar con algún título habilitante emitido por la autoridad competente para prestar el servicio de acceso a internet, como sería el caso del registro de comercializador, conducta infractora que se encuentra tipificada en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de

⁴¹ Consulta.: fecha 25.05.2018, desde el portal web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (www.mtc.gob.pe), fecha 25.05.2018

Consulta al Registro de Comercializadores de Servicios y/o Tráfico Telefónico:

https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/registros/documentos/trafico_telefonico/Comercializadores.pdf


Consulta al Registro par Servicio de Valor Añadido:

https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/registros/documentos/servicios_valor/Valor_A%C3%B1adido.pdf

⁴² Entre las cuales se encuentran las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Entel Perú S.A.

⁴³ En concordancia a lo pronunciado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, entre las cuales se mencionan como ejemplo las Resoluciones Nº 008-2015/CCD-INDECOPI, Nº 191-1015/CD1-INDECOPI y Nº 106-2017/CCD-INDECOPI; así como a lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 27 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

Represión de Competencia Desleal.

9.2. Con relación a la ventaja significativa

107. Como se ha mencionado en los numerales precedentes, 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.
108. 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.
109. En ese sentido, un agente beneficiado indebidamente con esa supuesta ventaja competitiva podría efectivamente perjudicar a sus competidores, así como también podría ocasionar que el mercado no resulte atractivo para nuevas empresas (competidores potenciales) lo cual resultaría lesivo para el proceso competitivo.
110. Sin embargo, conforme fue previamente expuesto, la Ley de Represión de la Competencia Desleal ha establecido que la condición de ilicitud de una conducta no exige un daño efectivo, sino que también es pasible de ser sancionada toda aquella conducta que resulte potencialmente lesiva al proceso competitivo⁴⁴. Lo anterior, resulta acorde con la voluntad de la Ley de Competencia Desleal de salvaguardar el proceso competitivo sancionando conductas que no solo hayan ocasionado un daño efectivo al mercado, sino también a aquellas conductas que resultan idóneas para causarle un perjuicio.
111. Precisamente, con relación a la ventaja significativa debe indicarse que la acreditación de la ventaja significativa en el caso de la concurrencia en el mercado sin título habilitante es de tipo objetiva, ello en concordancia con la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal.
112. En ese sentido, 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

⁴⁴

Ley de Represión de Competencia Desleal


“Artículo 7.- Condición de ilicitud.-

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

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

Página 27 de 44



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 28 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

de haberse comprobado la no tenencia del referido título, corresponderá aplicar una sanción al infractor.

113. 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.”

114. Asimismo, en la controversia tramitada mediante Expediente N° 002-2013-CCO-ST/CD⁴⁵, el Cuerpo Colegiado adoptó esta misma posición, señalando que la corroboración de la ventaja significativa era del tipo objetivo (per se).
115. En tal sentido, aun cuando en el territorio en el que preste servicios una empresa infractora, no existiera otro concesionario o prestador de servicios públicos de telecomunicaciones que pueda verse afectado por la conducta, ello no eximiría de responsabilidad a aquella, toda vez que no necesariamente debe existir daño real y que el carácter significativo de la ventaja ilícita obtenida en este supuesto es *per se*, es decir, no se requiere cuantificar para la determinación de la infracción.
116. No obstante ello, se considera adecuado, hacer mención de algunos de los costos que son ahorrados por los agentes que brindan de forma ilegal el servicio de acceso a Internet, los cuales, adicionalmente a los ingresos percibidos durante la concurrencia ilícita, formarían parte de la *ventaja significativa*.
117. Así, el agente que concurre en el mercado de acceso a Internet sin contar con título habilitante, no estarían internalizando, principalmente, los siguientes costos: (i) el aporte por supervisión correspondiente al OSIPTTEL por ser un operador de servicios públicos de telecomunicaciones⁴⁶; (ii) el aporte correspondiente a FITEI; (iii) otros

⁴⁵ Ver la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTTEL.

⁴⁶ **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 OSIPTTEL, aprobado por D.S. 008-2001-PCM.

Artículo 65°.- Pago a cuenta de Aportes



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 29 de 44

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).

118. Respecto al aporte por el Servicio de Supervisión o Aporte por Regulación, éste ha sido establecido en 0.5% de los ingresos brutos anuales de las empresas operadoras y se paga de forma mensual.
119. De otro lado, respecto a los aportes al FITEI corresponden al 1% del monto total de los ingresos brutos facturados y percibidos por las empresas operadoras⁴⁷. Cabe destacar que este aporte se aplica a las empresas con registro de valor añadido para prestar el servicio de acceso a Internet recién a partir de enero de 2013 y de forma mensual⁴⁸. Cabe precisar que los comercializadores del servicio no se encuentran obligados a este pago.
120. En cuanto a los costos relacionados al trámite del título habilitante, es preciso señalar que, en el caso el título habilitante requerido sea una concesión, estos estarán conformados por el pago de un derecho de concesión realizado por única vez por un monto ascendente al 0.25% de la inversión a realizar durante el primer año, la elaboración de la carta fianza del 15% de la inversión inicial, la elaboración del Perfil del proyecto técnico, los costos en los que incurría la empresa en el proceso de tramitación y obtención de la documentación. En el caso de que el título habilitante requerido fuera un registro, ya sea de comercializador o de empresa de valor añadido, solo este último componente resultaría exigible al agente infractor.
121. No obstante lo señalado en el numeral anterior, es preciso señalar que el ahorro de dichos costos solo podría ser considerado para aquellos agentes que nunca

Las empresas operadoras abonarán directamente a OSIPTTEL 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%)."

⁴⁷ **Artículo 238° y 239° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. Nº 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 correspondencias 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. (...)."

⁴⁸ 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 distribución de radiodifusión por cable y del servicio de acceso a Internet. Asimismo, el Decreto Supremo Nº 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 Nº 020-2007-MTC, estableciendo el porcentaje de los ingresos que debían pagar estos nuevos aportantes.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 30 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

obtuvieron título habilitante, toda vez que en el caso que hayan regularizado su situación, ya habrían asumido los costos relacionados al trámite del título habilitante.

122. Existen, de otro lado costos relacionados al cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas del sector. Así por ejemplo, se pueden mencionar, como los más importantes, aquellos derivados del cumplimiento del marco normativo de protección a usuarios, el cual resulta aplicable tanto para empresas concesionarias como para empresas con registro de valor añadido o de 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.

9.3. Determinación de una posible sanción

123. En atención a los fundamentos expuestos en el presente informe, la empresa SKY NETWORK, ha concurrido ilícitamente en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, al no contar con título que lo habilite a prestar el servicio de acceso a Internet durante un periodo determinado, obteniendo con ello una ventaja significativa en el mercado.
124. En este sentido, se recomienda al Cuerpo Colegiado Permanente imponer una sanción al referido agente económico, en la medida que habría incurrido en la infracción previamente expuesta.

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

125. 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 Desleal⁴⁹.
126. 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 correctivas⁵⁰.

⁴⁹ 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."


⁵⁰ **"Artículo 52°:- 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;



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 31 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

127. 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.**⁵¹

128. Asimismo, se realizará todo este análisis conforme al principio de razonabilidad⁵², dentro de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Este principio prevé que la comisión de la conducta 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.

9.3.2. Graduación de la sanción

129. Para lograr el desincentivo que se persigue con la imposición de sanciones, esta STCCO 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 beneficios percibidos por el agente infractor que no hubieran sido obtenidos por este si es que no se producía una contravención al ordenamiento⁵³. El cálculo del beneficio ilícito es la

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."

⁵¹ **Ley de Represión de 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."

⁵² **TUO de la LPAG**


"Artículo 246.- 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. (...)"

⁵³ Resolución Nº 0371-2011/SC1-INDECOPI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.




	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 32 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

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.

130. 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-.
131. 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.
132. 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 los agentes sancionados 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 razonabilidad⁵⁴. 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, el presente informe de la STCCO debe hacer lo estrictamente necesario para que se cumpla dicha finalidad. Así, se ha creído conveniente considerar las ganancias y no los ingresos 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.
133. Asimismo, como parte del beneficio ilícito puede estimarse también la ventaja lograda por algunos agentes al no haber obtenido el título habilitante requerido para operar (ventaja obtenida por un ahorro de costos). Este componente ha resultado importante en aquellos casos en los que no se ha contado con información de los infractores y en el componente de ganancias ilícitas se han imputado aquellas que corresponden a empresas formales.
134. Como se mencionó anteriormente en este Informe instructivo, la Secretaría Técnica considera que el agente que concurre en el mercado de servicios públicos sin contar con título habilitante, no estaría internalizando, principalmente, los siguientes costos:

⁵⁴ TUO de la LPAG
“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.”



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 33 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

(i) el aporte por supervisión correspondiente al OSIPTEL por ser un operador de servicios públicos de telecomunicaciones; (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). Cabe señalar que en casos anteriores, se ha considerado para el monto base de la multa, únicamente el ahorro correspondiente a conceptos cuyo cálculo se encuentra definido normativamente, sin desconocer el ahorro de los demás costos. Posteriormente, será necesario considerar la probabilidad de detección de la conducta.


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

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

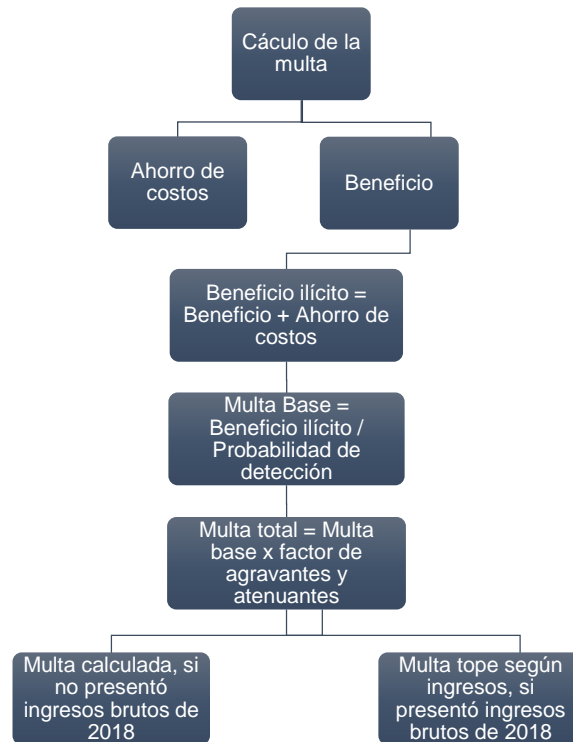
136. El artículo 53° de la Ley de Represión de Competencia Desleal contempla, a su vez, algunos elementos que -aunque por su naturaleza influyen en el beneficio ilícito obtenido y/o en la probabilidad de detección-, pueden ser tomados en cuenta como agravantes y/o atenuantes para estimar el monto de 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 la existencia de perjuicios sobre otros agentes y consumidores, la formalización de las actividades del infractor y la conducta procesal, según fuese el caso.

137. De esta manera, se obtendrá una multa a imponer y se determinará la gravedad de la conducta. 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:



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 34 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	


Esquema del cálculo de la multa



Elaboración: STCCO

(i) **Beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción**

138. 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).
139. Como ya se ha señalado líneas arriba, en este caso, el beneficio ilícito obtenido por SKY NETWORK se podría calcular en dos partes. Una parte del beneficio ilícito provendría de las ganancias obtenidas por concurrir en el mercado sin título habilitante. En efecto, parte del beneficio ilícito que habría obtenido la empresa infractora 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

	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 35 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

tanto no debe obtener ganancias derivadas de la línea de negocio no autorizada. Así, todas las ganancias obtenidas por la empresa infractora serían ilícitas.

140. El otro concepto considerado para el cálculo del beneficio ilícito es el de los costos que la empresa infractora se ahorró por operar sin título habilitante. Sin embargo, para que este sea considerado en el cálculo del beneficio ilícito debe tenerse en cuenta si las ganancias ilícitas calculadas corresponden a una empresa formal o informal, dado que, dependiendo de ello, el ahorro puede estar o no reflejado en las ganancias.

a. Beneficio

141. Para el cálculo del beneficio se utiliza la información disponible de la empresa y algunos supuestos necesarios debido a la falta de información (pues la empresa no ha colaborado con la investigación). 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 el agente económico 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

Empresa	Servicio	Operación ilícita		
		Inició	Terminó	Número de meses
Sky Network	Internet	Octubre 2013	Setiembre 2015	24


Elaboración: STCCO

142. Así, las ganancias ilícitas obtenidas por SKY NETWORK serán aquellas obtenidas durante el periodo en el cual se ha comprobado que operaron sin título habilitante. Es preciso señalar que SKY NETWORK se encuentra sujeta al régimen tributario del Nuevo RUS, por lo que no está obligada a llevar libros contables. En razón a ello, en lugar de considerar como ganancias obtenidas la utilidad operativa como se ha realizado en casos anteriores por otros Cuerpos Colegiados⁵⁵, en su caso se considerarán los ingresos netos⁵⁶.
143. Para el presente caso, de la empresa SKY NETWORK, no se ha obtenido información sobre su utilidad operativa ni ingresos netos. En atención a ello, en este caso 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 habría obtenido la empresa infractora.

⁵⁵ Ver Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N° 002-2013-CCO-ST/CD y Resolución N° 004-2015-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N° 004-2014-CCO-ST/CD.

⁵⁶ Se entiende por utilidad operativa a los beneficios brutos luego de deducirles todos los gastos operacionales, que son los que están directamente relacionados con la actividad de la empresa. Los ingresos netos, son los beneficios una vez deducidos todos los gastos, costos e impuestos.




	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 36 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

144. El punto de partida para estimar los beneficios serán los ingresos por la comercialización del servicio de acceso a Internet sin contar con título habilitante. Los ingresos permitirán, considerando un margen de utilidad adecuado, calcular las ganancias ilícitamente obtenidas por la empresa infractora.
145. Así, para calcular los ingresos por la comercialización del servicio de acceso a Internet por parte de SKY NETWORK, se cuenta con información de la tarifa que ha cobrado a uno de sus abonados, la empresa Kuntur Wassi, por lo que puede asumirse que dicha tarifa es la que cobraba por la prestación del referido servicio, la cual asciende a 435.42 dólares americanos por mes de servicio.
146. De la información obrante en el expediente se cuenta con cuatro facturas emitidas por SKY NETWORK, tres de ellas por la prestación del servicio de acceso a Internet y una por concepto de "Movilidad/Traslado de personal y equipos satelitales/implementación" por un monto de 738,28 dólares americanos, siendo que este cobro puede equipararse al correspondiente a la instalación del servicio⁵⁷. Dichas facturas han sido emitidas de acuerdo a las siguientes fechas:
- Factura 001-000004 de fecha 5 de noviembre de 2013.
 - Factura 001-000005 de fecha 11 de noviembre de 2013.
 - Factura 001-000015 de fecha 1 de diciembre de 2013.
 - Factura 001-000202 de fecha 1 de setiembre de 2015.
147. Cabe señalar, que solo se considerara el pago mensual de 435.42 dólares americanos, a pesar que de la información se observa que la empresa también cobraría por otros conceptos como los vistos en el punto anterior.
148. Por el lado del número de abonados de la empresa SKY NETWORK, se estimara en base a información correspondiente a empresas que operen en la región Arequipa. De ese modo el número de abonados de SKY NETWORK corresponderá al promedio de la cantidad de abonados de empresas que operan en la región Arequipa, excluyendo a las empresas que cuenten con alcance nacional y otras que tengan una gran participación en la región durante los periodos de infracción de acuerdo al detalle del siguiente cuadro:

⁵⁷ De acuerdo al Glosario de Términos del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, se entiende como instalación "A la instalación física del equipamiento necesario que permite brindar el servicio contratado".



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 37 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

Cuadro N° 01: Número de abonados de empresas operadoras en la región Arequipa*


Empresa	2013-IV	2014-I	2014-II	2014-III	2014-IV	2015-I	2015-II	2015-III
Olo del Perú S.A.C.	3	12	10	11	12	13	16	16
Americatel Perú S.A.	14	15	43	47	45	49	47	43
Nextel del Perú S.A.	22	23	-	-	-	-	-	-
Gilat to Home S.A.	46	44	46	46	46	39	46	43
Compañía de Comercio Global S.A.C.	3	3	2	2	2	1	1	-
Consortio de Telecomunicaciones S.R.L. (COTEL)	10	17	20	16	16	16	-	-
Ingeniería en Gestión de Negocios y Oportunidades S.A.C.	5	5	5	5	5	5	4	-
Internexa Perú S.A.C.	3	3	5	6	7	11	11	19
Level 3 Perú S.A.C. (Global Crossing Perú S.A.)	4	4	4	4	4	4	4	-
Networkingsat E.I.R.L.	-	-	5	5	5	3	3	3
Optical Networks S.A.C.	-	1	1	1	-	-	-	-
Optical Technologies S.A.C.	-	-	1	1	1	-	-	-
Rural Telecom S.A.C.	4	5	3	-	-	-	-	-
Soluciones y Tecnología (ST2 S.A.C.)	2	2	-	-	-	-	-	-
Teleprocesamiento de Datos Vitales S.A.C (Teldat)	-	2	-	2	2	2	2	2
Vía Satelital E.I.R.L.	9	6	8	6	1	3	5	6
Wigo S.A. (Ex-Digital Way S.A.)	-	-	1	1	1	1	1	1
Yachay Telecomunicaciones S.A.C.	7	6	6	6	6	5	5	5
Promedio de abonados de Empresas seleccionadas	10.15	9.87	10.67	10.60	10.93	11.69	12.08	15.33

*Se ha excluido del promedio a las siguientes empresas que operan en Arequipa: Telefónica del Perú S.A.A., América Móvil Perú S.A.C., Star Global Com S.A.C., y Telefónica Multimedia S.A.C.

Fuente: MTC La información ha sido extraída de la página web del MTC, disponible en el siguiente enlace:

http://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/estadistica_catastro/informacion_estadistica.html Última visita el 23 de noviembre de 2018.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 38 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

149. Los promedios del cuadro anterior corresponden al último mes de cada trimestre, en ese sentido se usara el mismo criterio del Informe Instructivo N° 006-STCCO/2018 correspondiente al Expediente 005-2017-CCP-ST/CD, donde la STCCO estimo la tasa de crecimiento mensual de los abonados a partir de la tasa de crecimiento trimestral. Así por ejemplo, la tasa de crecimiento de junio 2015 a setiembre 2015 fue de 34.9%, con lo cual la tasa de crecimiento mensual entre esos meses sería de 10.5% y se podría estimar el número de abonados promedio de enero y febrero de 2014. Sin embargo, para el caso particular, al ser cantidades pequeñas, las variaciones resultan en decimales y dado que se está estimando número de abonados, se tomara el número entero próximo inferior o superior según corresponda en cada caso.

150. Así, para el caso de SKY NETWORK, se considera el número de abonados de acuerdo al siguiente cuadro:

Cuadro N° 02: Número de abonados estimados para Sky Network

Mes	Sky Network
Oct-13	13
Nov-13	11
Dic-13	10
Ene-14	10
Feb-14	10
Mar-14	10
Abr-14	10
May-14	10
Jun-14	11
Jul-14	11
Ago-14	11
Sep-14	11
Oct-14	11
Nov-14	11
Dic-14	11
Ene-15	11
Feb-15	11
Mar-15	12
Abr-15	12
May-15	12
Jun-15	12
Jul-15	13
Ago-15	14
Sep-15	15

Elaboración: STCCO


Fuente: MTC La información ha sido extraída de la página web del MTC, disponible en el siguiente enlace:

http://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/estadistica_catastro/informacion_estadistica.html

Última visita el 23 de noviembre de 2018.

151. Cabe destacar que los pagos que recibe SKY NETWORK se encuentran en dólares americanos, para convertir los precios a soles se emplea el Tipo de Cambio Bancario Promedio, obtenido desde la página web del Banco Central de Reserva del Perú



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 39 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

(BCRP)⁵⁸, este criterio ha sido usado por la STCCO en el Informe Instructivo N° 006-STCCO/2018 correspondiente al Expediente 005-2017-CCP-ST/CD.

152. Con los supuestos mencionados, el cálculo de los ingresos de SKY NETWORK corresponden a S/ 351,586.70 durante el periodo que duró la conducta ilícita.
153. Luego de haber obtenido los ingresos ilícitos de SKY NETWORK deben estimarse las ganancias ilícitas. Dado que no se dispone de las utilidades operativas de esta empresa, se ha optado por tomar el margen de ganancias por el servicio de Internet de la empresa Star Global Com S.A.⁵⁹ para el segmento de internet. Cabe señalar que ambas empresas se dedican a la prestación del servicio de acceso a Internet en la región de Arequipa. Así, tomando la información del Sistema de contabilidad separada de la web de OSIPTTEL, se obtiene lo siguiente:

Cuadro N° 03: Margen de ganancia promedio de Star Global Com por la prestación del servicio de acceso a Internet

Año	Ingresos (miles de soles)	Gastos (miles de soles)	Margen
2014	S/. 9,244	S/. 7,043	31%
2015	S/. 10,954	S/. 10,425	5%
Margen Promedio			18%

Elaboración: STCCO

Fuente: OSIPTTEL La información ha sido extraída de la página web del PSIPTTEL, disponible en el siguiente enlace: <http://www.osiptel.gob.pe/documentos/sis-contabilidad-separada-starglobal>
Última visita el 26 de noviembre de 2018.

154. Así, se asumirá que SKY NETWORK habría tenido un margen de ganancia de **18%**. Cabe destacar que se está asumiendo el margen de ganancia de una empresa formal, que cuenta con los títulos habilitantes correspondientes, y que cumpliría con el marco normativo. En ese sentido, la ganancia o beneficio que se estimará a continuación para SKY NETWORK sería el beneficio de una empresa formal, que cuenta con los títulos habilitantes correspondientes, y que cumpliría con el marco normativo, por lo que será necesario luego estimar los costos ahorrados producto de la infracción que se está investigando. Luego, para calcular el beneficio de dicha empresa aplicamos la siguiente fórmula:

Fórmula para el cálculo del beneficio

$$\text{Beneficio} = \text{Ingresos} \times \text{Margen de ganancia}$$


155. De esta manera el beneficio calculado para SKY NETWORK ascendería a **S/ 63,285.61**.

b. Ahorro de costos

⁵⁸ En el siguiente enlace:
<https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN01210PM/html/2013-10/2015-9/>

⁵⁹ Si bien para la estimación del número de abonados no se considera a Star Global Com, es la única empresa de la región Arequipa de la que se dispone de información respecto a ingresos y costos, de modo que permite estimar un margen de ganancia.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 40 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	


156. Como se señaló anteriormente, los costos ahorrados que se han considerado en casos anteriores en los que no se contaba con título habilitante, han sido aquellos costos definidos normativamente. Sin embargo, también se indicó la importancia de determinar si las ganancias calculadas correspondían a una empresa formal o informal, dado que, dependiendo de ello, el ahorro de costos puede estar o no reflejado en las ganancias.
157. En efecto, dado que SKY NETWORK no ha remitido información, sus ganancias se estimaron sobre el margen de ganancias de Star Global Com, una empresa formal que cumple con las obligaciones de aportes. Por lo tanto, dichas ganancias no incluyen un ahorro de costos, por lo que se tiene que adicionar lo que resulte correspondiente a SKY NETWORK.
158. Al ser el título habilitante correspondiente a SKY NETWORK el de registro de comercializador, el único aporte que se le imputaría sería el que corresponde por regulación al OSIPTEL. En ese sentido, el ahorro de costos de la imputada será 0.5% de sus ingresos brutos durante la etapa de la conducta ilícita, los cuales corresponden a **S/. 1,757.93**.
159. Considerando los numerales previos, el **beneficio ilícito** correspondiente a SKY NETWORK sería por un valor de **S/. 65,043.54**, valor resultante de la suma de los beneficios y el ahorro de costos.

(ii) La probabilidad de detección de la infracción

160. Con relación a la probabilidad de detección, debe indicarse que, durante los últimos años, las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han considerado que las empresas que concurren en el mercado sin título habilitante operan con un mayor grado de clandestinidad. En ese sentido, estas empresas no se promocionarían a gran escala en relación a sus zonas de operación, precisamente por su grado de informalidad y clandestinidad. Dicha situación ha llevado a que se considere que la probabilidad de detección tienda a ser muy baja.
161. Al respecto, en el Expediente N° 002-2013-CCO-ST/CD, el Cuerpo Colegiado, a través de su Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL, determinó que en los casos de empresas que operan sin concesión pueden considerarse dos probabilidades de detección. Así, se consideró una probabilidad de detección del 30%⁶⁰ en el caso de que una empresa nunca haya tenido título habilitante, mientras que en el caso de las empresas a las que se les canceló se asume una probabilidad de detección de 90%.
162. Adicional a ello, debe indicarse que mediante Resolución N° 004-2015-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N° 004-2014-CCO-ST/CD, el Cuerpo Colegiado consideró una probabilidad de detección de 50% para empresas que contaban con afiches, proformas y local. En el presente caso la empresa no obtuvo el título de comercializador, ni se ha detectado afiches o similares que promocionen sus servicios, en ese sentido lo que le correspondería a SKY NETWORK es una

⁶⁰ Cabe señalar que, el Tribunal de Solución de Controversias, confirmó la aplicación de la probabilidad de detección de 30% en el caso de uno de los agentes involucrados en la controversia tramitada en el citado expediente, a través de su Resolución N° 004-2016-TSC/OSIPTEL.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 41 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

probabilidad de detección baja, de acuerdo a lo resuelto anteriormente por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.


163. Sin embargo, en esta oportunidad, esta STCCO considera que las probabilidades de detección que se han usado anteriormente para casos como el presente, han sido considerablemente bajas, y serían aplicables a casos más complejos de detectar y sancionar, como los acuerdos colusorios. Al respecto, en el documento de trabajo N° 01-2012/GEE⁶¹ emitido por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, se propone que en los casos de prácticas colusorias, la probabilidad de detección debería estar en el rango de 37% al 54%. Asimismo, en uno de sus pronunciamientos más recientes (en la resolución 049-2018/CLC-INDECOPI que recae en el expediente 006-2016/CLC), sobre un caso de prácticas colusorias en los mercados de combustible líquido y gaseoso en Chimbote, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia determinó que la probabilidad de detección para las prácticas colusorias horizontales puede estar en el rango del 15% al 60%, de acuerdo a las características específicas de la infracción.
164. En ese sentido, para esta STCCO, los casos de Colusión son de mayor complejidad para su detección y requieren un mayor esfuerzo de supervisión y fiscalización por parte de las autoridades de competencia. Por el contrario, si bien en los casos de concurrencia en el mercado sin contar con títulos habilitantes es complejo conocer a los posibles infractores, una vez que estos son identificados, se puede determinar con facilidad si cuentan o no con el título habilitante requerido. Por lo tanto, no se podría considerar que una conducta desleal como es la concurrencia en el mercado sin título habilitante es tan difícil de detectar como una conducta de colusión.
165. Así, para el presente caso de violación de normas esta STCCO considera que no correspondería asignar una probabilidad de detección tan baja como la que se aplica en las conductas más complejas, como los casos de colusión. En ese sentido la probabilidad de detección que corresponde a la conducta infractora de SKY NETWORK es de **65%**.

(iii) La conducta de la empresa infractora

166. 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.
167. Esta STCCO considera que la empresa SKY NETWORK ha obstaculizado la investigación realizada, al no apersonarse al presente procedimiento, omitiendo la entrega de información diversa que resultaba relevante para un mejor esclarecimiento

⁶¹ GERENCIA DE ESTUDIOS ECONOMICOS DEL INDECOPI. "Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi". En Documento de trabajo N°01-2012/GEE, Lima, Agosto 2012. Dirección URL: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/196933/DocTrabN01-2012.pdf/d43c4107-b09c-43b1-bc34-2b2a62fc1c39>



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 42 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

de los hechos y medios probatorios presentados durante el trámite del presente procedimiento.

168. Al respecto, cabe indicar que se considerara necesario tener en cuenta la conducta procesal de SKY NETWORK de la forma en que lo determina el Código Procesal Civil⁶².
169. De acuerdo con lo establecido en el artículo 218º 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 282º 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 obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas”*. (El subrayado es nuestro).
170. En ese sentido, esta STCCO considera necesario incrementar el monto de la multa que resulte aplicable a SKY NETWORK en **25%** sobre la multa base.

(iv) **Propuesta de sanción a imponer**

171. 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 el monto base de la multa de las empresa infractora.
172. Luego, esta STCCO ha considerado como atenuante lo visto en los Expedientes Nº 002-2013-CCO-ST/CD⁶³, Nº 004-2014-CCO-ST/CD⁶⁴ y Nº 002-2015-CCO-ST/CD⁶⁵, donde los órganos de solución de controversias establecieron una reducción de 50% para aquellos agentes que se formalizaron, sin embargo, para el caso de SKY NETWORK no le correspondería esta reducción, al no haber obtenido el registro de comercializador, ni ningún título habilitante para prestar el servicio.
173. 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:

⁶² 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 Nº 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.”

⁶³ Ver pág. 66 de la Resolución Nº 007-2014-CCO/OSIPTel.

⁶⁴ Ver pág. 35 de la Resolución Nº 004-2015-CCO/OSIPTel.

⁶⁵ Ver pág. 29 de la Resolución Nº 005-2016-TSC/OSIPTel.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 43 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

174. Donde F tomará el valor de 1.25 para el presente caso.

175. A modo de resumen el presente cuadro muestra todos los componentes para el cálculo de la multa de la empresa infractora.

Cuadro N° 04: Cálculo de la multa total

Componentes	Sky Network S.A.C.
Beneficio Ilícito (Beneficio + Ahorro de costos)	S/. 65,043.54
Probabilidad de detección	65%
Multa Base = Beneficio ilícito/probabilidad de detección	S/. 100,066.98
Factor F	1.25
Multa Total en soles (Multa base x F)	S/. 125,083.73
Multa Total en UIT	29.8

Elaboración: STCCO

176. Como se observa del cuadro previo, esta multa expresada al valor de la Unidad Impositiva Tributaria de 2019⁶⁶ determina que a SKY NETWORK se le imponga una multa de **29.8 UIT**.

177. Ahora corresponde calificar el tipo de infracción, estableciéndose si esta es Leve, Grave o Muy Grave. Cabe señalar que en un pronunciamiento anterior⁶⁷, 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 de comercializador, el cual es uno menos riguroso y de más fácil acceso para los agentes económicos interesados en prestar los servicios que la concesión⁶⁸. Este criterio también es usado en la Resolución N° 004-2015-CCO/OSIPTEL que recae en el expediente 004-2014-CCO-ST/CD⁶⁹.

178. De otro lado, respecto a los posibles factores que incidirían en la calificación de la conducta de la empresa infractora, se considera que SKY NETWORK concurrió


⁶⁶ Teniendo en cuenta que el valor de la Unidad Impositiva Tributaria para el año 2019 es de S/ 4200, de acuerdo a lo establecido en el D.S. N° 298-2018-EF.

⁶⁷ Al respecto, ver la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N° 002-2013-CCO-ST/CCD.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Así por ejemplo, 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.



	DOCUMENTO	Nº 001-STCCO/2019 Página 44 de 44
	INFORME INSTRUCTIVO	

ilícitamente durante 24 meses y no regularizó ni intentó regularizar su situación. En ese sentido, se concluye que la administrada ha incurrido en una infracción Grave.

179. Finalmente, corresponde tener en cuenta la capacidad económica del infractor, aplicándose el tope 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, debe indicarse que SKY NETWORK no ha cumplido con remitir ningún tipo de información, por lo que esta STCCO es de la opinión que la multa a imponerse debe ser la calculada precedentemente sin aplicación de tope alguno. Es preciso señalar que el artículo 52° de la Ley de Represión de Competencia Desleal es claro al indicar que las infracciones calificadas como graves, pueden ser sancionadas con una multa de hasta 250 UIT, para el presente caso la multa impuesta no excede dicho monto. En ese sentido, corresponde aplicar a SKY NETWORK una multa de 29.8 UIT.

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

180. De acuerdo a los argumentos anteriormente expuestos, esta STCCO considera que se ha acreditado que SKY NETWORK ha concurrido ilícitamente en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, al no contar con ningún título que la habilite a prestar el servicio de acceso a Internet, como es el caso del registro de comercializador; obteniendo con ello una ventaja significativa en dicho mercado.
181. En tal sentido, esta STCCO recomienda al Cuerpo Colegiado declarar fundado el procedimiento iniciado de oficio contra SKY NETWORK y sancionarla con la imposición de una multa de 29.8 UIT por la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

Zaret Matos Fernández
Secretaria Técnica Adjunta de los
Cuerpos Colegiados

