



Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados

---

**Procedimiento sancionador iniciado contra  
América Móvil Perú S.A.C. por la presunta  
comisión de actos de competencia desleal en el  
mercado móvil  
(Exp. 009-2018-CCP-ST/CD)  
Informe Instructivo**

---

Informe N° 010-STCCO/2019

Lima, 09 de diciembre de 2019



## CONTENIDO

<b>I.</b>	<b>OBJETO</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>ADMINISTRADOS</b>	<b>3</b>
<b>III.</b>	<b>ANTECEDENTES</b>	<b>4</b>
<b>IV.</b>	<b>REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN FORMULADOS POR LA STCCO</b>	<b>8</b>
IV.1.	Información proporcionada por AMÉRICA MÓVIL	8
IV.2.	Información proporcionada por Entel	11
IV.3.	Información proporcionada por TELEFÓNICA	12
IV.4.	Información proporcionada por la Secretaría Técnica de la CCD del INDECOPI	13
IV.5.	Información proporcionada por el MTC	15
IV.6.	Información proporcionada por la GSF del OSIPTEL	19
<b>V.</b>	<b>LA IMPUTACION DE CARGOS FORMULADA CONTRA AMÉRICA MÓVIL</b>	<b>20</b>
<b>VI.</b>	<b>POSICIONES DE LAS PARTES</b>	<b>21</b>
VI.1.	Posición de TELEFÓNICA	21
VI.2.	Posición de AMÉRICA MÓVIL	24
<b>VII.</b>	<b>MARCO NORMATIVO DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL</b>	<b>27</b>
VII.1.	Los actos de competencia desleal contrarios a la cláusula general	27
VII.2.	Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. Normativa y criterios aplicables	32
VII.2.1.	El supuesto de violación de normas de acuerdo al literal b) del artículo 14.2 de la LRCD	34
<b>VIII.</b>	<b>CUESTIONES PREVIAS: LAS DEFENSAS DE FORMA DEDUCIDAS POR AMÉRICA MÓVIL</b>	<b>38</b>
<b>IX.</b>	<b>APLICACIÓN AL CASO EN CONCRETO</b>	<b>44</b>
IX.1.	El procedimiento sancionador seguido contra AMÉRICA MÓVIL bajo Expediente N° 2018-0423	44
IX.2.	El procedimiento sancionador seguido contra AMÉRICA MÓVIL ante el MTC bajo Expediente N° 2018-667	45
IX.3.	La aplicación del Principio de retroactividad benigna	49
IX.4.	Análisis de la Disposición Única Transitoria del Reglamento de Arrendamiento de Espectro	71
<b>X.</b>	<b>ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA CONDUCTA</b>	<b>80</b>
X.1.	Descripción del mercado de servicios móviles	80
X.2.	Efectos sobre el mercado	85
<b>XI.</b>	<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>95</b>



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 3 de 95

## I. OBJETO

De conformidad con lo establecido en el artículo 76° del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas<sup>1</sup>, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL (en adelante, el Reglamento de Solución de Controversias)<sup>2</sup>, luego de culminada la instrucción del procedimiento, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en lo sucesivo, la STCCO) presenta el caso ante el Cuerpo Colegiado Permanente, emitiendo opinión en relación a las conductas materia de investigación y, en caso de considerar que se ha comprobado la existencia de infracciones, recomienda la imposición de las sanciones a las que hubiera lugar.

En este sentido, mediante el presente Informe Instructivo, la STCCO cumple con emitir opinión sobre las conductas imputadas a la empresa América Móvil Perú S.A.C. (en lo sucesivo, AMÉRICA MÓVIL), a fin de determinar si éstas constituyen actos de competencia desleal en las modalidades de cláusula general y violación de normas, infracciones tipificadas en los artículos 6° y 14.2.b de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, la LRCD).

## II. ADMINISTRADOS

- **Denunciante**

**TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.**, (en lo sucesivo, TELEFÓNICA) es una empresa privada titular de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 373-91-MTC/15-17 y N° 440-91-MTC/15-17, de fechas 23 de mayo y 28 de junio de 1991, respectivamente, para la prestación del servicio público de telefonía móvil en Lima y Callao. Asimismo, es titular de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 055-92-MTC/15-17 y N° 250-98-MTC/15-03, de fechas 30 de enero de 1992 y 27 de mayo de 1998, respectivamente, para la prestación del servicio público de telefonía móvil a nivel nacional con excepción de Lima y Callao.

- **Denunciado**

**AMÉRICA MÓVIL**, es una empresa privada titular de la concesión otorgada mediante Resolución Ministerial N° 518-2007-MTC/03, de fecha 13 de setiembre de 2007, para la prestación del servicio público de telefonía móvil en el territorio de la República del Perú.

<sup>1</sup> **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".*

<sup>2</sup> Modificado por Resoluciones de Consejo Directivo N° 122-2016-CD/OSIPTEL, N° 038-2017-CD/OSIPTEL y N° 125-2018-CD/OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019 Página 4 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

### III. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito de fecha 23 de agosto de 2018, TELEFÓNICA interpuso una denuncia contra AMÉRICA MÓVIL, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, solicitando al Cuerpo Colegiado Permanente lo siguiente<sup>3</sup>:
  - (i) Se declare que AMÉRICA MÓVIL ha incurrido en un acto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, tipificado en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD y, en consecuencia, se le imponga como sanción la máxima multa aplicable.
  - (ii) Como medida correctiva, se ordene a AMÉRICA MÓVIL:
    - El cese de la explotación no autorizada materia de denuncia del espectro radioeléctrico de la Banda 2.6 de Cablevisión S.A.C. - empresa absorbida por TVS Wireless S.A.C. - (en adelante, Cablevisión) y TVS Wireless S.A.C. (en lo sucesivo, TVS), y;
    - Se abstenga de comercializar y/u omita ofertar cualquier servicio cuya prestación se sustente en el uso no autorizado de espectro radioeléctrico en general.
  - (iii) Una vez que se obtenga una decisión administrativa firme, respecto a la presente denuncia, se cumpla con publicar la sanción impuesta.
  - (iv) Se condene a AMÉRICA MÓVIL al pago de costas y costos del presente procedimiento.
2. Cabe mencionar que, en su escrito de denuncia, TELEFÓNICA solicitó el otorgamiento de una medida cautelar que comprende los siguientes pedidos:
  - (i) Que AMÉRICA MÓVIL cese la explotación no autorizada del espectro radioeléctrico de la Banda 2.6 de Cablevisión y TVS; y,
  - (ii) Que AMÉRICA MÓVIL se abstenga de comercializar y/u omita ofertar cualquier servicio cuya prestación se sustente en el uso no autorizado de espectro radioeléctrico en general.
3. El 5 de setiembre de 2018, a través de la Resolución N° 052-2018-CCP/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió tener por presentada

<sup>3</sup> Como sustento de su denuncia, TELEFÓNICA presentó una copia del Informe N° 00216-GPRC/2017 emitido por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL (en adelante, la GPRC) y la copia de una constatación notarial de fecha 17 de agosto de 2018 emitida por el notario Carlos Antonio Herrera Cabrera.



la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA contra AMÉRICA MÓVIL y dispuso la realización de una etapa de actuaciones previas por un plazo de veinte (20) días hábiles, con el objeto de que la STCCO recabe mayor información o identifique indicios razonables de contravenciones al marco normativo de represión de la competencia desleal. Asimismo, denegó el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, en tanto TELEFÓNICA no acreditó la verosimilitud del derecho invocado en su pedido.

4. Por escrito N° 3 de fecha 3 de octubre de 2018, TELEFÓNICA manifestó su discrepancia respecto a la Resolución N° 052-2018-CCP/OSIPTEL en el extremo que dispuso ordenar la realización de actuaciones previas y denegar su pedido cautelar.
5. Con fecha 10 de diciembre de 2018, la STCCO emitió el Informe N° 018-STCCO/2018 que presenta el resultado de la investigación realizada durante la etapa de actuaciones previas y que identifica indicios razonables de contravenciones al marco normativo de represión de conductas desleales.
6. Mediante Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTEL de fecha 26 de diciembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente admitió a trámite la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA, dando inicio al procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de cláusula general y violación de normas, infracciones tipificadas en los artículos 6° y 14.2.b de la LRCO, concediéndole un plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de sus descargos.
7. El 11 de enero de 2019, a través de su escrito N° 1, AMÉRICA MÓVIL se apersonó al presente procedimiento sancionador y solicitó que se le conceda una prórroga de quince (15) días hábiles adicionales para la presentación de sus descargos debido a que requería analizar toda la información obrante en el expediente y realizar coordinaciones internas a efectos de solicitar información adicional para ejercer su derecho de defensa<sup>4</sup>. Dicha prórroga fue concedida a través de la Resolución N° 003-2019-CCP/OSIPTEL del 15 de enero de 2019.
8. A través del escrito N° 2 de fecha 14 de febrero de 2019, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos planteando la siguientes defensas previas:
  - (i) Si la infracción imputada fuese la recogida en la primera parte del artículo 87.2° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en lo sucesivo, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones), solicita que se declare la improcedencia de la denuncia por incurrir en la causal de falta de interés para obrar. Ello,

<sup>4</sup> Asimismo, solicitó que se le remita una copia de la Carta CGR-2197/18 de fecha 9 de octubre de 2018 presentada por Entel Perú S.A. (en lo sucesivo, Entel), que contiene información referida a los centros poblados en los que dicha empresa ofrece tecnología 4.5 G.



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 6 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

debido a que existe un pronunciamiento previo y firme del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) que determina que CLARO no incurrió en dicha infracción administrativa.

- (i) Si la infracción imputada fuese la recogida en la segunda parte del artículo 87.2° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, solicita que se declare la improcedencia de la denuncia por incurrir en la causal de falta de interés para obrar, dado que de acuerdo con lo indicado por el MTC y el OSIPTEL existen procedimientos administrativos sancionadores en trámite en relación con estas materias.
  - (ii) En el supuesto negado en que no se declarase fundada la pretensión previa, solicita que se suspenda el presente procedimiento sancionador hasta contar con un pronunciamiento firme del MTC en relación con la supuesta vulneración a la norma imperativa denunciada por TELEFÓNICA.
9. De otro lado, como defensa de fondo, CLARO planteó las siguientes pretensiones:
- (i) La nulidad de la imputación por vulneración a la cláusula general, dado que la supuesta conducta desleal ya ha sido imputada bajo un supuesto específico de la LRCD.
  - (ii) En el supuesto negado que no se ampare la nulidad solicitada, dicha imputación debe ser declarada infundada, pues no existe una vulneración a la “buena fe empresarial”.
  - (iii) La improcedencia de la imputación por violación de normas, pues los hechos denunciados no configuran el supuesto de infracción bajo el artículo 14.2.b de la LRCD. La improcedencia de la imputación acarrea su nulidad.
10. Mediante Resolución Nº 011-2019-CCP/OSIPTEL de fecha 20 de febrero de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió tener por presentado el escrito Nº 2 remitido por AMÉRICA MÓVIL el 14 de febrero de 2019, y correr traslado del mismo a TELEFÓNICA a efectos de que se pronuncie sobre el particular en un plazo de cinco (5) días hábiles.
11. A través del escrito Nº 7 de fecha 1 de marzo de 2019, TELEFÓNICA solicitó una prórroga de quince (15) días hábiles, a fin de analizar de manera íntegra el escrito de descargos presentado por AMÉRICA MÓVIL y poder ejercer debidamente su derecho de defensa. Dicha prórroga fue concedida por cinco (5) días hábiles adicionales, a través de la Resolución Nº 013-2019-CCP/OSIPTEL de fecha 4 de marzo de 2019.
12. Con fecha 13 de marzo de 2019, a través del escrito Nº 8, TELEFÓNICA absolvió las defensas procesales planteadas por AMÉRICA MÓVIL y formuló



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 7 de 95

alegaciones respecto de los descargos realizados por dicha empresa, solicitando el uso de la palabra para sustentar su posición.

13. Mediante Resolución Nº 016-2019-CCP/OSIPTTEL de fecha 20 de marzo de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente declaró la improcedencia de las defensas de forma planteadas por AMÉRICA MÓVIL y denegó la solicitud de uso de la palabra presentada por TELEFÓNICA.
14. A través del escrito Nº 4 presentado con fecha 3 de abril de 2019, AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de apelación contra la Resolución Nº 016-2019-CCP/OSIPTTEL, a fin de que el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL revoque dicha resolución y declare la improcedencia de la denuncia presentada por TELEFÓNICA por falta de interés para obrar y el archivo del presente procedimiento, o en su defecto, ordene la suspensión del procedimiento.
15. Por Resolución Nº 019-2019-CCP/OSIPTTEL del 9 de abril de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL contra la Resolución Nº 016-2019-CCP/OSIPTTEL.
16. Mediante Resolución Nº 009-2019-TSC/OSIPTTEL, de fecha 10 de mayo de 2019, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL resolvió declarar improcedente el recurso de apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL contra la Resolución Nº 016-2019-CCP/OSIPTTEL de fecha 20 de marzo de 2019. Asimismo, señaló que carecía de objeto emitir pronunciamiento sobre el pedido formulado por AMÉRICA MÓVIL para suspender los efectos de la mencionada resolución.
17. Mediante Resolución Nº 025-2019-CCP/OSIPTTEL de fecha 24 de mayo de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió iniciar la etapa de investigación a cargo de la STCCO, por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario.
18. Por Resolución Nº 053-2019-CCP/OSIPTTEL de fecha 30 de setiembre de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió ampliar por tres (3) meses adicionales, el plazo para resolver el procedimiento administrativo sancionador seguido contra AMÉRICA MÓVIL, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 259º del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG).
19. A través del escrito Nº 8 de fecha 15 de noviembre de 2019, AMÉRICA MÓVIL solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente el archivo del presente procedimiento sancionador en vista que el MTC, mediante Resolución Nº 896-2019-MTC/29.03 de fecha 14 de octubre de 2019, archivó el procedimiento sancionador iniciado



en su contra por la presunta comisión de la infracción administrativa tipificada en el numeral 2) del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones referida al uso de frecuencias distintas a las autorizadas.

20. Mediante escrito N° 12 de fecha 26 de noviembre de 2018, TELEFÓNICA absolvió el escrito N° 8 presentado por AMÉRICA MÓVIL, solicitando al Cuerpo Colegiado Permanente que declare fundada todas las pretensiones planteadas a lo largo del procedimiento.
21. Por escrito N° 9 de fecha 2 de diciembre de 2019, AMÉRICA MÓVIL respondió a los comentarios presentados por TELEFÓNICA mediante escrito N° 12. Asimismo, adjuntó un Informe Legal elaborado por los señores Juan Carlos Morón Urbina y Milagros Paredes Carranza que contiene una opinión legal sobre la Resolución Directoral N° 896-2019-MTC/29.03.

#### IV. REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN FORMULADOS POR LA STCCO

22. Con el objeto de contar con mayores elementos de análisis que acrediten la eventual comisión de las conductas desleales imputadas a AMÉRICA MÓVIL que son materia de la presente investigación, la STCCO formuló diversos requerimientos de información a las empresas operadoras AMÉRICA MÓVIL, TELEFÓNICA y Entel, así como a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, la Secretaría Técnica de la CCD del INDECOPI) y al MTC. A continuación, se detalla la información recabada por la STCCO.

##### IV.1. Información proporcionada por AMÉRICA MÓVIL

INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR AMÉRICA MÓVIL		
Requerimiento	Información solicitada	Información remitida



<p><b>Oficio N° 294-STCCO/2018 del 21/09/2018</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>i) Fecha de lanzamiento del servicio 4.5G</li> <li>ii) Número mensual de líneas en servicio que han cursado tráfico de datos a través de la tecnología 4.5G desde su lanzamiento hasta agosto de 2018.</li> <li>iii) Lista de centros poblados en los que a la fecha ofrece la tecnología 4.5G.</li> </ul>	<p>Mediante carta DMR/CE/N°1641/18 del 10/10/2018, América Móvil:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) Comunicó que habilitó la tecnología 4.5G el 14 de junio de 2018.</li> <li>ii) Remitió la cantidad de líneas que tienen la posibilidad de utilizar la tecnología 4.5G desde su lanzamiento hasta setiembre del 2018.</li> <li>iii) Remitió la lista de centros poblados en los que ofrece la tecnología 4.5G.</li> </ul> <p>Asimismo, cabe señalar que en atención a la solicitud de confidencialidad presentada por AMÉRICA MÓVIL, el Cuerpo Colegiado Permanente mediante Resolución N° 056-2018-CCP/OSIPTEL del 29 de octubre de 2018, le dio tratamiento público a la información contenida en los numerales i), ii) y iii) previamente referidos.</p>
<p><b>Oficio N° 405-STCCO/2019 del 12/07/2019</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>i) Remitir la información (contratos, acuerdos, etc.) referente a la operación de compra del 100% de las acciones de Olo y TVS, propiedad de METSANCO y sus empresas afiliadas.</li> <li>ii) Señale la fecha de inicio de negociaciones de la operación de compra referida en el punto anterior, adjuntando la documentación que pruebe la fecha señalada.</li> <li>iii) Señale la fecha a partir de la cual sus clientes han recibido servicios móviles 4G LTE a través del espectro en la banda de 2.6 GHz asignada a sus vinculadas Olo y TVS.</li> <li>iv) Para el periodo 2016 – 2019, con frecuencia semestral, liste los centros poblados en los cuales sus clientes han accedido a sus servicios 4G LTE a través del espectro asignado a sus vinculadas OLO y TVS en la banda de 2.6 GHz.</li> <li>v) Presente un informe donde explique técnicamente cómo se</li> </ul>	<p>Mediante escritos N° 6 de fecha 22 de julio de 2019, AMÉRICA MÓVIL remitió la copia del Contrato de Compra de Acciones de las empresas Olo y TVS celebrado el 08 de mayo de 2016.</p> <p>Asimismo, cabe señalar que en atención a la solicitud de confidencialidad presentada por AMÉRICA MÓVIL, el Cuerpo Colegiado Permanente mediante Resolución N° 039-2019-CCP/OSIPTEL del 13 de agosto de 2019, le dio tratamiento confidencial al Contrato de Compra de Acciones.</p> <p>Mediante escrito N° 7 de fecha 7 de agosto de 2019, AMÉRICA MÓVIL remitió la siguiente información:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) Anexo 7 – A: Correo electrónico de fecha 30 de enero del 2015 cursado entre representantes del Deutsche Bank S.A. (en adelante, Deutsche Bank) y AMÉRICA MÓVIL a efectos de llevar a cabo la operación de venta de las acciones del Grupo Olo, así como el documento adjunto denominado “<i>Process Letter del Round 1</i>” que describe las acciones a realizarse durante el proceso de venta de acciones.</li> <li>(ii) Anexo 7 – B: Correos electrónicos</li> </ul>



	<p>ha venido realizando la comercialización de la capacidad generada por sus vinculados Olo y TVS en el espectro que tienen asignado en la banda de 2.6 GHz, tanto para su servicio 4G LTE, como para su servicio 4.5G.</p> <p>vi) Remita las comunicaciones previas o tratativas (correos) que AMÉRICA MÓVIL llevó a cabo a fin de celebrar los contratos de comercialización con Olo y TVS Wireless.</p> <p>vii) Informe el número mensual de líneas móviles ganadas por portabilidad numérica, por región y operador cedente.</p> <p>viii) Informe el número mensual de líneas móviles ganadas por portabilidad numérica, por modalidad y operador cedente.</p> <p>ix) Número de líneas móviles que tienen la posibilidad de utilizar la tecnología 4.5G de AMÉRICA MÓVIL, y número de líneas que han cursado tráfico de datos a través de la tecnología 4.5G de América Móvil, según la procedencia de la línea.</p>	<p>cursados entre el 30 de enero y 5 de febrero del 2015 entre funcionarios del Deutsche Bank y AMÉRICA MÓVIL, a través de los cuales se coordina la reunión de presentación del proyecto de compra de acciones, así como los accesos al <i>data room</i> para el inicio del due diligence y revisión de información de las empresas del Grupo Olo. Asimismo, dichos correos adjuntan la siguiente documentación: i) <i>Olo del Perú Management Presentation</i> de enero del 2015 y ii) la lista inicial del <i>Due Diligence</i>.</p> <p>(iii) Anexo 7 – C: Listado de centros poblados en los cuales Olo y TVS brindan servicios a AMÉRICA MÓVIL en el marco de los contratos de comercialización.</p> <p>(iv) Anexo 7 – D: Informe Técnico sobre el Contrato de Comercialización celebrado entre Olo, TVS y AMÉRICA MÓVIL.</p> <p>Asimismo, cabe señalar que en atención a la solicitud de confidencialidad presentada por AMÉRICA MÓVIL, el Cuerpo Colegiado Permanente, mediante Resolución N° 042-2019-CCP/OSIPTEL del 6 de setiembre de 2019, declaró como confidencial la información contenida en los numerales (i), (ii) y (iv) y le dio tratamiento de pública a la información, descrita en el numeral (iii).</p> <p>Mediante escrito N° 8 de fecha 21 de agosto de 2019, AMÉRICA MÓVIL remitió la siguiente información:</p> <p>(i) Anexo 8-A: Número mensual de líneas móviles ganadas por portabilidad numérica, por región y operador cedente, para el período comprendido entre mayo de 2016 a junio de 2019.</p> <p>(ii) Anexo 8-B: Número mensual de líneas móviles ganadas por portabilidad numérica, por modalidad contractual y operador cedente, para el período comprendido entre mayo de 2016 a junio de 2019.</p> <p>(iii) Anexo 8-C: Número de líneas móviles que tienen la posibilidad de utilizar servicios 4.5G de AMÉRICA MÓVIL, así como el número de</p>
--	--	--



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019 Página 11 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

		<p>líneas móviles que han cursado tráfico de datos a través de dicha tecnología, según la procedencia de la línea, para el período de noviembre de 2017 a junio de 2019.</p> <p>Asimismo, cabe señalar que en atención a la solicitud de confidencialidad presentada por AMÉRICA MÓVIL, el Cuerpo Colegiado Permanente, mediante Resolución N° 048-2019-CCP/OSIPTEL del 13 de setiembre de 2019, le dio tratamiento público a la información contenida en los numerales (i), (ii) y (iii) previamente referidos.</p>
--	--	--

#### IV.2. Información proporcionada por Entel

INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR ENTEL		
Requerimiento	Información solicitada	Información remitida



<p><b>Oficio Nº 295-STCCO/2018 del 21/09/2018</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>i) Fecha de lanzamiento del servicio 4.5G</li> <li>ii) Número mensual de líneas en servicio que han cursado tráfico de datos a través de la tecnología 4.5G desde su lanzamiento hasta agosto de 2018.</li> <li>iii) Lista de centros poblados en los que a la fecha ofrece la tecnología 4.5G.</li> </ul>	<p>Mediante comunicación CGR-2197/18 del 9/10/2018, Entel:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) Comunicó que habilitó la tecnología 4.5G el 24 de enero de 2018.</li> <li>ii) Informó que hasta el momento no resulta técnicamente posible poder obtener la cantidad de usuarios que han generado tráfico 4.5G en la red de Entel.</li> <li>iii) Remitió la lista de centros poblados en los que a la fecha ofrece la tecnología 4.5G.</li> </ul>
---	---	--

**IV.3. Información proporcionada por TELEFÓNICA**

INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR TELEFÓNICA		
Requerimiento	Información solicitada	Respuesta
<p><b>Oficio Nº 296-STCCO/2018 del 21/09/2018</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>i) Fecha de lanzamiento del servicio 4.5G</li> <li>ii) Número mensual de líneas en servicio que han cursado tráfico de datos a través de la tecnología 4.5G desde su lanzamiento hasta agosto de 2018.</li> <li>iii) Lista de centros poblados en los que a la fecha ofrece la tecnología 4.5G.</li> </ul>	<p>Mediante escrito Nº 2 de fecha 2/10/2018, Telefónica presentó la siguiente información:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) Remitió la fecha de lanzamiento del servicio 4.5G, la cual fue el 13 de junio de 2018.</li> <li>ii) Lista de distritos en los que ofrece la tecnología 4.5G.</li> </ul> <p>Por Oficio Nº 311-STCCO/2018 del 4 de octubre de 2018, la STCCO requirió a TELEFÓNICA que subsane la información presentada en el numeral ii) incluyendo la desagregación a nivel de centro poblado. Asimismo, en atención a su solicitud, le confirió una prórroga de cinco (5) días hábiles para cumplir con presentar la información faltante.</p> <p>El 10/10/2018, TELEFÓNICA presentó lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>iii) Subsano la lista en la que ofrece tecnología 4.5G a nivel de centro poblado (Anexo 4-C).</li> <li>iv) Anexo 4-B, número de terminales móviles con capacidad de cursar tráfico mediante carrier aggregation en su red.</li> </ul> <p>Cabe señalar que solicitó la confidencialidad con relación a este último extremo, siendo</p>



que por Resolución N° 057-2018-CCP/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado Permanente desestimó la solicitud dando tratamiento de pública a dicha información.

#### IV.4. Información proporcionada por la Secretaría Técnica de la CCD del INDECOPI

Requerimiento	Información solicitada	Respuesta
Oficio N° 297-STCCO/2018 del 24/09/2018	<p>i) Informar si se encuentra tramitando un procedimiento administrativo en materia de competencia desleal, a raíz de alguna denuncia presentada por TELEFÓNICA contra AMÉRICA MÓVIL.</p> <p>Asimismo, se le solicitó informar si es que se ha otorgado o denegado una medida cautelar.</p> <p>ii) Informar la relación de procedimientos en los cuales se haya impuesto una sanción administrativa por infracciones a la cláusula general, establecida en el artículo 6° de la LRCO. Además, se solicitó adjuntar las resoluciones de primera y segunda instancia, correspondientes a cada uno de estos procedimientos.</p> <p>Asimismo, se solicitó informar sobre la interpretación y aplicación práctica que la CCD ha venido realizando a la infracción de la cláusula general, así como las conductas que han sido evaluadas y sancionadas al ser contrarias a la cláusula general.</p>	<p>Mediante Oficio N° 093-2018/CCD-INDECOPI recibido el 12 de noviembre de 2018, la CCD del INDECOPI:</p> <p>i) Informó que a la fecha se encuentra en trámite una denuncia presentada por TELEFÓNICA en contra de AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8° de la LRCO.</p> <p>De acuerdo con lo informado en la denuncia, AMÉRICA MÓVIL estaría difundiendo una campaña publicitaria denominada Gigared 4.5G, a través de la cual afirmaría contar con una nueva red de internet móvil con mayor velocidad, empleando en su publicidad el uso de las frases como "Gigared", "acelera", "más velocidad" y "más gigas en menos tiempo".</p> <p>Con dicha campaña AMÉRICA MÓVIL afirmaría contar con una velocidad que operaría en 1 gigabyte por segundo; sin embargo, la información contenida en su página web indica que su tecnología 4.5G alcanzaría velocidades de hasta 300 Mbps.</p> <p>Asimismo, TELEFÓNICA solicitó que se ordene una medida cautelar consistente en el cese de la difusión de la publicidad que conforma la campaña "Gigared 4.5G", la cual ha sido denegada por la CCD por Resolución N° 1 de fecha 12 de setiembre de 2018.</p>

	<p>iii) Informar la relación de procedimientos en los cuales se haya impuesto una sanción administrativa, por la comisión de actos de violación de normas al no haber acreditado la tenencia de autorizaciones contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, de acuerdo al artículo 14.2.b de la LRCD.</p> <p>iv) Informar acerca de la interpretación y aplicación que la CCD viene realizando al contenido del artículo 14.2.b de la LRCD. Al respecto, se solicitó informar cuáles son las autorizaciones, contratos o títulos que vienen siendo considerados como obligatorios para la concurrencia de un agente económico en el mercado.</p>	<p>ii) Remitió un listado de procedimientos<sup>5</sup> en los que se impuso una sanción por infracción a la cláusula general, tipificada en el artículo 6° de la Ley de Represión de Competencia Desleal.</p> <p>Respecto de la interpretación y aplicación práctica que la CCD ha venido efectuando sobre la cláusula general de competencia desleal, así como de la descripción de las conductas que han sido evaluadas y sancionadas en aplicación de dicha prescripción legal, la Secretaría Técnica de la CCD indicó que la cláusula general constituye la tipificación expresa de los actos de competencia desleal, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción en contra de dichos actos.</p> <p>iii) Remitió un listado de procedimientos<sup>6</sup> en los que se impuso una sanción por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por la infracción descrita en el artículo 14.2.b de la LRCD.</p> <p>iv) Informó acerca de la interpretación que viene realizando la CCD sobre el contenido del artículo 14.2.b de la LRCD. En ese sentido, señaló que la concurrencia en el mercado sin contar con los contratos o títulos respectivos constituye un acto típicamente desleal,</p>
--	---	--

<sup>5</sup> La Secretaría Técnica de la CCD adjuntó los siguientes pronunciamientos emitidos por la CCD y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOP (en adelante, la SDC del INDECOP): i) Resolución N° 3542-2012/SDC-INDECOP de fecha 21 de diciembre de 2012, recaída bajo Expediente N° 052-2011/CCD; ii) Resolución N° 2976-2012/SC1-INDECOP de fecha 25 de octubre de 2012, recaída bajo Expediente N° 215-2011/CCD; iii) Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOP de fecha 21 de febrero de 2013, recaída bajo Expediente N° 147-2011/CCD; iv) Resolución N° 434-2014/SDC-INDECOP de fecha 28 de marzo de 2014, recaída bajo Expediente N° 015-2012/CCD; v) Resolución N° 100-2012/CCD-INDECOP de fecha 20 de junio de 2012, recaída bajo Expediente N° 100-2012-CCD-INDECOP; vi) Resolución N° 1511-2012/SC1-INDECOP de fecha 10 de julio de 2012, recaída bajo Expediente N° 042-2010/CCD; y, vii) Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOP de fecha 29 de setiembre de 2010, recaída bajo Expediente N° 042-2010/CCD.

<sup>6</sup> La Secretaría Técnica de la CCD adjuntó los siguientes pronunciamientos emitidos por la SDC del INDECOP: i) Resolución N° 0200-2016/SDC-INDECOP de fecha 21 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 0110-2014/CCD; ii) Resolución N° 0187-2016/SDC-INDECOP de fecha 15 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 035-2015/CCD; iii) Resolución N° 0488-2016/SDC-INDECOP de fecha 22 de setiembre de 2016, recaída bajo Expediente N° 55-2014/CCD; iv) Resolución N° 0156-2016/SDC-INDECOP de fecha 30 de marzo de 2016, recaída bajo Expediente N° 031-2015/CCD; v) Resolución N° 140-2016/SDC-INDECOP de fecha 15 de marzo de 2016, recaída bajo Expediente N° 244-2013/CCD; vi) Resolución N° 0717-2017/SDC-INDECOP de fecha 19 de diciembre de 2017, recaída bajo Expediente N° 0004-2016/CD1; vii) Resolución N° 0123-2017/SDC-INDECOP de fecha 6 de marzo de 2017, recaída bajo Expediente N° 0010-2016/CD1; y, viii) Resolución N° 00012-2018/SDC-INDECOP de fecha 15 de enero de 2018, recaída bajo Expediente N° 007-2016/CCD.



ya que otorga una ventaja económica a un agente determinado en perjuicio directa de los demás concurrentes en el mercado.

**IV.5. Información proporcionada por el MTC**

INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR EL MTC		
Requerimiento	Información solicitada	Información remitida
<p><b>Oficio N° 305-STCCO/2018 del 02/10/2018</b></p>	<p>i) Remitir copia de los respectivos pronunciamientos del MTC, así como de los sustentos técnicos correspondientes que fundamentaron su decisión de denegar las solicitudes de transferencia de concesiones y espectro efectuadas por Olo y TVS a favor de AMÉRICA MÓVIL.</p> <p>ii) Informar si se encuentra tramitando un procedimiento administrativo sancionador en contra de AMÉRICA MÓVIL por el uso y/o explotación indebida del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6.</p> <p>iii) Informar si ha realizado o viene realizando inspecciones técnicas con el fin de acreditar la presunta prestación de servicios móviles LTE por parte de América Móvil en la Banda 2.6.</p> <p>iv) Si el MTC ha asignado o aprobado la transferencia de espectro de las empresas Cable Visión y TVS u otras empresas de telecomunicaciones, en la</p>	<p>Mediante Oficio N° 21157-2018-MTC/27 recibido el 24/10/2018, la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC adjuntó el Informe N° 2037-2018-MTC/27, remitiendo la siguiente información:</p> <p>i) Copia de los siguientes documentos: a) Resolución Viceministerial N° 610-2018-MTC/03 de fecha 2 de julio de 2018, que denegó la solicitud de transferencia de las concesiones y del espectro radioeléctrico de Olo a favor de AMÉRICA MÓVIL; ii) Resolución Viceministerial N° 609-2018-MTC/03 de fecha 2 de julio de 2018, que denegó la solicitud de transferencia de las concesiones y del espectro radioeléctrico de Olo a favor de AMÉRICA MÓVIL.</p> <p>ii) La Dirección General de Concesiones en Comunicaciones corrió traslado del Oficio N° 305-STCCO/2018 a la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones a efectos que absuelva lo requerido en el numeral ii).</p> <p>iii) La Dirección General de Concesiones en Comunicaciones corrió traslado del Oficio N° 305-STCCO/2018 a la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones a efectos que absuelva lo requerido en el numeral iii).</p> <p>iv) El MTC informó que no ha emitido ningún acto administrativo que otorgue derechos de uso del espectro radioeléctrico vía solicitud de transferencia de dicho recurso a favor de AMÉRICA MÓVIL.</p> <p>v) Para el uso del espectro radioeléctrico se requiere de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones</p>



	<p>Banda 2.6 a favor de AMÉRICA MÓVIL.</p> <p>v) La naturaleza jurídica de la habilitación administrativa para el uso del espectro radioeléctrico (naturaleza jurídica de las Resoluciones Directorales o Viceministeriales de asignación o transferencia de espectro).</p> <p>vi) Si existen otros mecanismos adicionales que faculten a una empresa a operar en la porción del espectro asignado a un tercero.</p>	<p>correspondiente. Las transferencias de concesiones y el espectro radioeléctrico asociado son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio.</p> <p>vi) Señaló que además de los ya mencionados, no existen otros mecanismos que faculten el uso del espectro radioeléctrico.</p> <p>Posteriormente, mediante Oficio Nº 0194-2018-MTC/29.AAFI recibido 14/11/2018, la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones del MTC comunicó lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se ha iniciado un procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL que se encuentra en trámite, siendo que, de encontrarse responsable, la empresa será susceptible de ser sancionada con una multa de entre ciento cincuenta y uno (151) a trescientos cincuenta (350) UIT. Sin embargo, no se ha dictado una medida cautelar al respecto.</li> <li>• Las inspecciones técnicas sobre la prestación de servicios móviles LTE por parte de América Móvil en la Banda 2.6, es información de naturaleza confidencial de acuerdo al Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, TUO de la Ley de Transparencia).</li> </ul>
	<p>i) Si los acuerdos de comercialización de tráfico y/o servicios pueden ser convalidados o aprobados por el MTC, de acuerdo a sus competencias.</p> <p>ii) Si la aprobación de acuerdos de comercialización podría constituir autorizaciones o habilitaciones otorgadas por el MTC para la transferencia de titularidad o de uso del espectro radioeléctrico.</p>	<p>Mediante Oficio Nº 22655-2018-MTC/27 recibido el 14/11/2018, la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC, informó lo siguiente:</p> <p>i) Los acuerdos de comercialización no están sujetos a aprobación por parte del MTC. Asimismo, cualquier operadora de servicios públicos de telecomunicaciones que haya suscrito algún Acuerdo de Comercialización que involucre una porción del espectro radioeléctrico, debe regularizar su situación circunscribiendo dicho acuerdo únicamente a la comercialización de tráfico y/o servicios.</p> <p>ii) El MTC no otorga títulos habilitantes ni genera derechos de uso por alguna porción de espectro radioeléctrico vía Acuerdo de Comercialización suscritos de</p>



<p><b>Oficio N° 339-STCCO/2018 del 24/10/2018</b></p>	<p>iii) Precisar los alcances y naturaleza del procedimiento de regularización al que podrían acogerse las empresas que suscribieron este tipo de acuerdos de comercialización.</p> <p>iv) Si el MTC había evaluado con anterioridad procedimientos de aprobación de acuerdos de comercialización.</p> <p>v) Informar si ha decidido iniciar procedimientos sancionadores por la utilización del espectro radioeléctrico sin la correspondiente autorización. De ser el caso, indicar que empresas vendrían siendo investigadas a raíz de su negativa de regularizar el trámite.</p>	<p>manera privada entre operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.</p> <p>iii) El Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos (TUPA) del MTC no incluye un procedimiento de este tipo.</p> <p>iv) Las acciones a realizar luego de recibidas las respuestas de las empresas son de carácter confidencial. Sin perjuicio de ello, se trasladó la consulta a la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones, la cual a través de Memorando N° 5116-2018-MTC/29 de fecha 9 de noviembre de 2018, le indicó que se encuentran en trámite procedimientos sancionadores contra AMÉRICA MÓVIL, Entel, Americatel Perú S.A. y OLO del Perú S.A.C.</p> <p>Asimismo, preciso que la información contenida en dichos procedimientos sancionadores es confidencial, de acuerdo al TUO de Ley de Transparencia.</p>
<p><b>Oficio N° 386-STCCO/2019 del 4/07/2019</b></p>	<p>(i) Copia de la Resolución Directoral N° 1386-2018-MTC/29 de fecha 27 de noviembre de 2018.</p> <p>(ii) Copia del Informe N° 1351-2017-MTC/29.CGIMC.CI del 4 de octubre de 2017, a través del cual el personal de la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones da cuenta del resultado de las inspecciones técnicas donde verificó que AMÉRICA MÓVIL operaba el servicio público de telecomunicaciones en la frecuencia 2630 MHz, con un ancho de banda de 20 MHz, dentro del rango de la banda de frecuencias 2620-2640 MHz y 2500-2520 MHz, sin la correspondiente</p>	<p>Mediante <b>Oficio N° 0080-2019-MTC/29 recibido el 11/07/2019</b>, la Dirección General de Fiscalizaciones y Sanciones en Comunicaciones del MTC adjuntó la siguiente información:</p> <p>(i) Copia de la Resolución Directoral N° 1386-2018-MTC/29 de fecha 27 de noviembre de 2018 que resuelve archivar el procedimiento sancionador iniciado contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta infracción administrativa tipificada como muy grave en los numerales 1) y 2) del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.</p> <p>(ii) Copia del Informe N° 1351-2017-MTC/29.CGIMC.CI de fecha 4 de octubre de 2017, en el cual se señala que AMÉRICA MÓVIL opera un servicio público de telefonía móvil sin contar con un título habilitante en la banda de frecuencias 2620-2640 y 2500 MHz con tecnología LTE FDD.</p> <p>(iii) Copia de las Actas Ns°. 1272, 1273, 1274-2017 que verifican que AMÉRICA MÓVIL opera un servicio de telecomunicaciones en la frecuencia 2630 MHz a un ancho de</p>



	<p>concesión.</p> <p>(iii) Copia de las Actas Ns° 1272, 1273 y 1274-2017 de verificación de operación de los servicios públicos de telecomunicaciones.</p> <p>(iv) Copia de la Resolución Administrativa N° 0255-2018-MTC/29.AAFI del 24 de julio de 2018, que inicia el procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta infracción administrativa tipificada como muy grave en los numerales 1) y 2) del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.</p> <p>(v) Copia del Informe N° 0978-2018-MTC/29.CGIMC.CI del 23 de julio de 2018.</p> <p>(vi) Copia del escrito de registro E-214088-2018 del 7 de agosto de 2018 mediante el cual AMÉRICA MÓVIL presenta sus descargos contra la Resolución Administrativa N°0255-2018-MTC/29.AAFI.</p> <p>(vii) Copia del Informe Final de Instrucción N°0237-2018-MTC/29.AAFI del 19 de octubre de 2018, por medio del cual la autoridad instructora concluyó que correspondería archivar el procedimiento administrativo sancionador seguido contra AMÉRICA MÓVIL</p> <p>(viii) Copia del escrito de registro E-306586-2018 del 7 de noviembre de 2018 a través del cual AMÉRICA MÓVIL formuló su conformidad con la conclusión</p>	<p>banda de 20 MHz sin el título habilitante para prestar un servicio público de telecomunicaciones en la citada frecuencia.</p> <p>(iv) Copia de la Resolución Administrativa N° 0255-2018-MTC/29.AAFI del 24 de julio de 2018, que inicia el procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de las infracciones administrativas tipificadas como muy graves en los numerales 1) y 2) del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, referidas a la realización de actividades relacionadas con los servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente autorización o concesión y a la utilización del espectro de frecuencia radioeléctrica sin la correspondiente autorización o concesión.</p> <p>(v) Copia del Informe N° 0978-2018-MTC/29.CGIMC.CI del 23 de julio de 2018 mediante el cual la autoridad encargada de la fase instructora recomienda el inicio de un procedimiento sancionador contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de las infracciones administrativas tipificadas como muy grave en los numerales 1) y 2) del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, referidas a la realización de actividades relacionadas con los servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente autorización o concesión y a la utilización del espectro de frecuencia radioeléctrica sin la correspondiente autorización o concesión.</p> <p>(vi) Copia del escrito de descargos presentado por AMÉRICA MÓVIL el 7 de agosto de 2018 contra la Resolución N°0255-2018-MTC/29.AAFI, mediante el cual solicita el archivo definitivo del procedimiento sancionador.</p> <p>(vii) Copia del Informe Final de Instrucción N°0237-2018-MTC/29.AAFI del 19 de octubre de 2018, por medio del cual la autoridad de instrucción de la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones concluyó que correspondería archivar el procedimiento administrativo sancionador seguido contra América Móvil.</p> <p>(viii) Copia de la Carta DMR/CEM/N°1790/18 de fecha 17 de noviembre de 2018 a través del cual muestra su conformidad con lo</p>
--	--	---



	<p>arribada por la autoridad instructora.</p> <p>(ix) Copia de cualquier otro documento obrante en el Expediente 2018-0423, que no haya sido solicitado en el presente Oficio.</p>	<p>expuesto en el Informe de Instrucción, en el sentido que AMÉRICA MÓVIL no ha cometido infracción alguna, toda vez que cuenta con una serie de concesiones que le permiten brindar servicios públicos de telecomunicaciones.</p> <p>(ix) Copia del Informe N° 0147-2018-MTC/29 de fecha 27 de noviembre de 2018, mediante el cual se recomienda archivar el procedimiento sancionador iniciado contra AMÉRICA MÓVIL mediante Resolución Administrativa N° 0255-2018-MTC/29.AAFI.</p>
--	--	--

**IV.6. Información proporcionada por la GSF del OSIPTEL**

INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR LA GSF		
Requerimiento	Información solicitada	Información remitida
<p><b>Oficio Nº 072-STCCO/2019 de fecha 5/02/2019</b></p> <p>y</p> <p><b>Oficio Nº 524-STCCO/2019 de fecha 6/09/2019</b></p>	<p>(i) Identificar distritos o centros poblados en los cuales AMÉRICA MÓVIL cuente con cobertura 4G LTE y 4.5G haciendo uso de la banda de 2.6 GHz, a nivel nacional.</p> <p>(ii) Realizar inspecciones en una muestra de distritos de Lima que haya identificado en el punto (i), determinando si toda la infraestructura presente pertenece únicamente a AMÉRICA MÓVIL o si existe infraestructura de alguna de sus empresas vinculadas.</p> <p>(iii) Con relación a la infraestructura presente en las estaciones base supervisadas, determinar si el uso de la banda de 2.6 GHz corresponde a mecanismos o técnicas de reventa de tráfico entre AMÉRICA MÓVIL y sus vinculadas (que tienen asignaciones de espectro en dicha banda), o si la infraestructura presente permite corroborar que AMÉRICA MÓVIL usa directamente el espectro en la banda de 2.6 GHz para la provisión de servicios 4G LTE.</p> <p>(iv) Determinar si la infraestructura presente en las estaciones base supervisadas permite a AMÉRICA</p>	<p>Mediante Informe N° 00157-GSF/2019 de fecha 26 de setiembre de 2019 informó lo siguiente:</p> <p>(i) No es posible identificar en que zonas específicas AMÉRICA MÓVIL estaría brindando el servicio móvil 4G-LTE y 4.5 G en la banda de 2.6 GHz. Asimismo, se debe considerar que dicha empresa brinda servicios móviles con múltiples frecuencias de operación, a saber, en las bandas de 700 MHz, 850 MHz y 1900 MHz.</p> <p>De otro lado, TVS y Olo, que operan solamente en la Banda 2.6 GHz, cuentan con cobertura inalámbrica operando en la citada banda en diversos centros poblados a nivel nacional. Asimismo TVS y Olo cuentan con infraestructura en la banda 2.6 GHz.</p> <p>Por tanto, considerando que los centros poblados en los cuales TVS y Olo cuentan con cobertura de servicios inalámbricos en la banda 2.6 GHz y considerando lo indicado en el Anexo 2 del Contrato de Comercialización de</p>



	<p>MÓVIL realizar la técnica de <i>carrier aggregation</i> con la banda de 2.6 GHz y otras bandas, para la prestación de servicios 4.5G.</p>	<p>Servicio, se considera que CLARO podría brindar servicios inalámbricos a través de la Banda 2.6 GHz en dichas localidades.</p> <p>La GSF realizó la acción de supervisión el día 30 de abril de 2019 a la empresa TVS, siendo que ésta indicó que la infraestructura de radio acceso, transporte y core que utilizan para brindar el servicio inalámbrico en la banda 2.6 GHz es de titularidad de AMÉRICA MÓVIL, y lo utilizan en la modalidad de alquiler de infraestructura, teniendo control de la infraestructura de radio acceso que alquila.</p> <p>El 14 de mayo de 2019, la GSF realizó la inspección de 2 estaciones bases ubicadas en el distrito de San Borja, corroborándose que la titularidad de las mismas pertenece a AMÉRICA MÓVIL.</p> <p>(ii) TVS indicó que arrienda y opera la infraestructura de radio acceso en la banda 2.6 GHz a AMÉRICA MÓVIL, en vista que no cuenta con infraestructura propia. Asimismo TVS arrienda el servicio de transporte y core a AMÉRICA MÓVIL.</p> <p>(iii) AMÉRICA MÓVIL cuenta con funcionalidad de agregación de portadoras entre las bandas 2.6 GHz y la banda 700 MHz (inter band Carrier Aggregation), además de contar con la funcionalidad de agregación de portadoras entre portadoras de la banda de 2.6 GHz (intra band Carrier Aggregation).</p>
--	--	---

**V. LA IMPUTACION DE CARGOS FORMULADA CONTRA AMÉRICA MÓVIL**

23. Mediante Resolución Nº 065-2018-CCP/OSIPTTEL de fecha 26 de diciembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió admitir a trámite la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA, dando inicio al procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL, a partir de los siguientes hechos:



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 21 de 95

- La comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general, infracción tipificada en el artículo 6º de la LRCD, al desarrollar una estrategia comercial contraria a la buena fe empresarial que ha tenido por objeto falsear las condiciones de competencia en el mercado, y se ha visto reflejada en la adquisición de empresas que poseen espectro en la Banda 2.6, sumado a la actual situación en la cual ha suscrito un acuerdo de comercialización con TVS y Olo que busca validar o legitimar un uso compartido de espectro contrario a la regulación sectorial; y,
- La realización de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el artículo 14.2.b de la LRCD al no estar en capacidad de acreditar la tenencia de una autorización administrativa (Resolución Directoral o Viceministerial expedida por el MTC), exigida por la regulación sectorial para utilizar y explotar el espectro radioeléctrico. Al respecto, en informes emitidos por la GPRC del OSIPTEL, se ha determinado que AMÉRICA MÓVIL ha venido brindando servicios móviles a sus usuarios finales empleando asignaciones en la banda 2.6 GHz de TVS y Cable Visión. Por su parte, el MTC ha señalado que la empresa imputada no cuenta con ninguna autorización para el uso del espectro radioeléctrico en la referida banda.

## VI. POSICIONES DE LAS PARTES

### VI.1. Posición de TELEFÓNICA

24. Mediante escrito Nº 1 recibido con fecha 23 de agosto de 2018, TELEFÓNICA interpuso una denuncia contra AMÉRICA MÓVIL, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el artículo 14.2.b de la LRCD, bajo los siguientes fundamentos:

- AMÉRICA MÓVIL viene haciendo un “*uso colaborativo irregular del espectro radioeléctrico*”, es decir, se encontraría prestando sus servicios móviles LTE mediante el uso de la Banda 2500-2692 MHz, asignada a las empresas Cablevisión y TVS, sin la correspondiente autorización.
- La realización de actividades en el mercado móvil sin contar con las respectivas autorizaciones constituye una vulneración a una norma imperativa, en tanto los operadores se encuentran obligados a contar con una previa autorización o asignación para utilizar una determinada porción de espectro radioeléctrico. Dicha infracción constituye una ventaja significativa respecto al resto de competidores, puesto que el infractor no incurre en los costos requeridos para adecuar su actividad a los parámetros establecidos por las normas que los demás si han incurrido, por lo tanto, constituye de por sí una práctica desleal.



- Los hechos materia de denuncia se encuentran subsumidos en el supuesto del literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, esto es, se está frente al desarrollo de una actividad económica por parte de AMÉRICA MÓVIL sin que cuente con el título habilitante necesario para explotar la Banda 2.6: (i) Resolución Directoral que le asigne espectro radioeléctrico en la Banda 2.6; (ii) contrato de concesión a través del cual se le asigne espectro radioeléctrico de la Banda 2.6. y se le autorice a explotar un servicio público de telecomunicaciones haciendo uso de dicha banda; o (iii) Resolución Viceministerial emitida por el MTC que apruebe la transferencia o cesión (o cualquier otra modalidad) del espectro radioeléctrico de la Banda 2.6 a favor de AMÉRICA MÓVIL.

25. Con fecha 13 de marzo de 2019, mediante escrito Nº 8, TELEFÓNICA absolvió los descargos presentados por AMÉRICA MÓVIL contra la Resolución Nº 065-2018-CCP/OSIPTEL solicitando al Cuerpo Colegiado Permanente que desestime las defensas procesales planteadas por AMÉRICA MÓVIL, así como se declare fundada la imputación de cargos, bajo los siguientes argumentos:

- En el presente caso no se ha incurrido en una vulneración a los Principios de Tipicidad y de Non bis in ídem, pues las conductas imputadas - infracciones a la cláusula general y violación de normas -, infringen dos tipos infractores distintos. Por un lado, la explotación de la Banda 2.6 sin contar con la respectiva autorización constituye una infracción al artículo 14.2.b de la LRCD; mientras que la conducta contraria a la buena fe empresarial referida a la adquisición de empresas que poseen espectro en la Banda 2.6 y la suscripción de acuerdos de comercialización, constituye una infracción al artículo 6º de la LRCD.
- Las defensas previas planteadas por AMÉRICA MÓVIL se centran en la imputación por violación de normas, sin embargo, en el presente caso no se está imputando una infracción al artículo 14.2.a de la LRCD, en donde el tipo infractor sí requiere acreditar la existencia de un pronunciamiento previo y firme por parte del MTC. En este sentido, la conducta materia de investigación consiste en determinar, si AMÉRICA MÓVIL está compitiendo deslealmente al no contar con los títulos habilitantes requeridos por el ordenamiento legal, además de desarrollar estrategias contrarias a la buena fe empresarial.
- En el presente caso no concurren los supuestos de abstención previstos en el artículo 74º del TUO de la LPAG, por lo que el Cuerpo Colegiado Permanente no puede abstenerse del ejercicio de sus atribuciones legales – salvo que medie una ley o mandato judicial expreso – y suspender el trámite del presente procedimiento por la existencia de eventuales procedimientos sancionadores ante el MTC.



- Respecto a la imputación por violación de normas contra AMÉRICA MÓVIL, presentó los siguientes argumentos: (i) el concepto de título habilitante previsto en el artículo 14.2.b de la LRCD no solo alcanza a las autorizaciones necesarias para acceder a un mercado, sino también a aquellas requeridas para desarrollar la actividad económica; (ii) no resulta materia de discusión que la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico requiere de una autorización (asignación) adicional a la concesión para prestación de servicios públicos; (iii) AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que cuenta con la referida autorización (Resolución Directoral o Viceministerial); y, (iv) el OSIPTEL, MTC y TELEFÓNICA han acreditado la explotación de la Banda 2.6 por parte de AMÉRICA MÓVIL sin que dicha empresa lo haya desvirtuado.
- Con relación a la imputación por cláusula general contra AMÉRICA MÓVIL, señaló lo siguiente: (i) la adquisición de empresas vinculadas y la suscripción de acuerdos de comercialización fueron herramientas utilizadas para explotar el espectro radioeléctrico que el MTC negó que le fuera transferido por sus efectos perjudiciales a la competencia; (ii) un agente que actúa de buena fe no ejecuta acuerdos de comercialización y luego de un año consulta a la autoridad sobre su legalidad; (iii) un acuerdo de comercialización no constituye un título habilitante para explotar una frecuencia de espectro radioeléctrico; y, (iv) AMÉRICA MÓVIL ha violado la buena fe empresarial, al eludir las prohibiciones impuestas por la regulación a través de la suscripción de acuerdos de comercialización, logrando un acaparamiento del espectro radioeléctrico y obteniendo una mejor posición competitiva.

26. Posteriormente, con fecha 26 de noviembre de 2019, mediante escrito N° 12, TELEFÓNICA presentó comentarios al escrito N° 8 presentado por AMÉRICA MÓVIL el 15 de noviembre de 2019, expresando lo siguiente:

- Las razones por las que el MTC no impuso una sanción a AMÉRICA MÓVIL, no impiden que el OSIPTEL imponga una sanción por infringir las disposiciones de la LRCD. Por el contrario, el MTC confirma la configuración de los elementos constitutivos del tipo infractor del artículo 14.2.b de la LRCD al determinar que AMÉRICA MÓVIL explotó espectro radioeléctrico correspondiente a la Banda 2.6 sin contar con la autorización legalmente exigida.
- En efecto, durante la tramitación del procedimiento sancionador seguido ante el MTC, se publicó el Decreto Supremo No. 15-2019-MTC, Norma que regula el arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico (en lo sucesivo, Norma de arrendamiento de espectro) para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, que dispuso un periodo de adecuación de 6 meses, en virtud del cual, quienes exploten espectro



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 24 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

radioeléctrico de terceros, en virtud de un acuerdo de comercialización, deberán adecuarse a la referida norma. Sin embargo, dicha norma no deroga la obligación de AMÉRICA MÓVIL de contar con un título habilitante para explotar la Banda 2.6, ni desconoce el hecho que desde antes de su entrada en vigencia y hasta la fecha AMÉRICA MÓVIL siga concurriendo en el mercado sin contar con la autorización requerida.

- El pronunciamiento emitido por el MTC no solo resulta esclarecedor para corroborar la infracción al artículo 14.2.b de la LRCD, sino que demuestra que AMÉRICA MÓVIL no gozaba de buena fe cuando estructuró su esquema de acuerdos de comercialización con sus vinculadas TVS y Olo.

## VI.2. Posición de AMÉRICA MÓVIL

27. Mediante escrito N° 2 de fecha 14 de febrero de 2019, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos contra la Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTEL a través de la cual se dispuso el inicio del procedimiento sancionador su contra, formulando defensas de forma y solicitando un pronunciamiento anticipado respecto de la improcedencia de la denuncia y la suspensión del procedimiento.

- Si la norma imperativa cuya infracción denuncia TELEFÓNICA fuese la recogida en la primera parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, solicita se declare la improcedencia de la denuncia por falta de interés para obrar. Al respecto, señaló que el Cuerpo Colegiado Permanente debe declarar la improcedencia de la denuncia, dado que el MTC ya ha emitido un pronunciamiento sobre la materia declarando que no corresponde sancionar a AMÉRICA MÓVIL por la utilización del espectro radioeléctrico sin contar con la correspondiente autorización o concesión.
- Si la norma imperativa cuya infracción se denuncia fuese la recogida en la segunda parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, solicita se declare la improcedencia de la denuncia interpuesta por Telefónica. Al respecto, señala que corresponde que el OSIPTEL archive el procedimiento; o en su caso, suspenda la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador hasta que el MTC, como autoridad competente, determine si efectivamente ha existido una infracción por parte de AMÉRICA MÓVIL al utilizar un espectro radioeléctrico distinto al asignado.
- En el supuesto negado en que no se declarase fundada la pretensión previa, se solicita la suspensión del procedimiento mientras no exista un pronunciamiento firme del MTC en relación a la supuesta vulneración a la norma imperativa señalada por TELEFÓNICA. Al respecto, alega que OSIPTEL no puede sancionar la ventaja competitiva indebida resultante de



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 25 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

la infracción a una norma imperativa cuyo incumplimiento no ha sido verificado por la autoridad competente.

28. En relación al fondo del procedimiento, AMÉRICA MÓVIL sostuvo lo siguiente:

- La imputación por cláusula general posee un vicio de nulidad, toda vez que contraviene el Principio de Tipicidad al forzar la conducta imputada en el supuesto de infracción previsto en el artículo 6° de la LRCD, desatendiendo su carácter residual, cuando ésta encaja dentro del tipo de violación de normas ya imputado bajo el artículo 14.2.b de dicha norma. De igual forma, constituye un vicio de nulidad la vulneración al Principio Non bis in ídem, en tanto el sujeto, los hechos y el fundamento para la imputación de ambos cargos son los mismos.
- De no declararse la nulidad de la imputación por infracción a la cláusula general, ésta debe ser declarada infundada pues no existe una vulneración a la “buena fe empresarial” ya que la estrategia comercial de AMÉRICA MÓVIL no explota esfuerzo o mérito ajeno, así como tampoco es capaz de obstruir u obstaculizar el acceso o permanencia de cualquiera de los otros operadores de telecomunicaciones. Por el contrario, la estrategia de AMÉRICA MÓVIL evita que se produzca un aprovechamiento ineficiente del recurso escaso (espectro), permitiendo que el mismo sea utilizado para llegar a un mayor número de usuarios y mejorar las condiciones en las que se presta el servicio, por lo que cualquier efecto en TELEFÓNICA constituye un daño concurrencial lícito resultante de una potencial desviación de la demanda basada en la competencia.
- La imputación por violación de normas debe ser declarada improcedente, pues los hechos denunciados no configuran el supuesto de infracción bajo el artículo 14.2.b de la LRCD, en tanto el MTC ha archivado un procedimiento sancionador en su contra basado en los mismos hechos que sustentan la imputación de cargos en su contra, esto es, el supuesto uso indebido de espectro en la Banda 2.6 GHz bajo la supuesta carencia de título habilitante necesario para ello. Además, la conducta señalada previamente, debe ser imputada como una supuesta infracción al artículo 14.2.a de la LRCD, por lo que se requiere necesariamente del pronunciamiento previo y firme del MTC.

29. Posteriormente, con fecha 15 de noviembre de 2019, mediante escrito N° 8, AMÉRICA MÓVIL solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente el archivo del presente procedimiento sancionador bajo los siguientes fundamentos:

- AMÉRICA MÓVIL indica que es imposible que se configure un supuesto de competencia desleal por violación de normas. El MTC, autoridad competente en lo referido al uso del espectro radioeléctrico, ha concluido



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 26 de 95

que AMÉRICA MÓVIL no ha cometido las infracciones recogidas en el artículo 87.2, por lo que el OSIPTEL en su calidad de autoridad de competencia no puede pronunciarse respecto de actos de competencia desleal por violación de normas que involucran precisamente la existencia de éstas infracciones.

- La Norma de arrendamiento de espectro ratificó la legalidad de los acuerdos de comercialización para que las empresas puedan prestar servicios de telecomunicaciones a sus usuarios finales a través de frecuencias de banda de espectro asignadas a terceros.
- En aplicación del principio de retroactividad benigna, el Cuerpo Colegiado Permanente deberá aplicar la disposición complementaria transitoria de la Norma de arrendamiento de espectro, que establece un plazo de adecuación en el cual no se podrán imponer sanciones por el uso o utilización de bandas de espectro radioeléctrico por parte de un comercializador, por lo que corresponde el archivo del presente procedimiento sancionador.

30. Por medio del escrito Nº 9 de fecha 2 de diciembre de 2019, AMÉRICA MÓVIL respondió a los comentarios presentados por TELEFÓNICA mediante escrito Nº 12, exponiendo los siguientes argumentos:

- Si bien como señala TELEFÓNICA, los bienes jurídicos tutelados pueden ser distintos en ambos procedimientos, ello no implica que sus decisiones – al estar basadas en los mismos hechos – no se encuentren vinculadas. Por tanto, si bien el Cuerpo Colegiado Permanente, se encuentra evaluando la existencia de una conducta de competencia desleal, el tipo específico es uno de competencia desleal por violación de normas, que requiere de la acreditación de la vulneración de una norma de carácter imperativo.
- El OSIPTEL no puede señalar que se configuró la infracción al artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, contradiciendo una resolución firme del MTC como única autoridad competente para determinarla, pues ello llevaría a una nulidad de la resolución del Cuerpo Colegiado Permanente por vulnerar el Principio de Presunción de Licitud.
- Antes de la entrada en vigencia de la Norma de arrendamiento de espectro, no existía limitación alguna para que los operadores celebraran y ejecutaran contratos o acuerdos de comercialización en virtud de los cuales prestaran servicios y/o tráfico utilizando como medio de transmisión bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico de titularidad de otro concesionario, tampoco existía la exigencia de obtener previamente un título habilitante del MTC, ni mucho menos se había tipificado como infracción el desarrollo de la referida conducta sin contar con dicho título habilitante. En este sentido,



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019 Página 27 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

AMÉRICA MÓVIL solo podría ser sancionada en el supuesto de que venciera el plazo de adecuación fijado por la norma sectorial sin que hubiese cumplido con realizar la adecuación de sus contratos de comercialización o reventa.

- No tiene sentido que TELEFÓNICA pretenda atribuirle una carga negativa a la suscripción de este tipo de acuerdos a la luz de una normativa posterior a actos jurídicos cuya celebración se realizó de manera anterior y que en dicho momento cumplieran con el marco legal vigente.

## VII. MARCO NORMATIVO DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

### VII.1. Los actos de competencia desleal contrarios a la cláusula general

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

***“Ley de Represión de 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”.*

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

33. Este daño concurrencial ilícito entre los agentes económicos en la pugna competitiva, no es comparable con el daño normal y necesario que se produce entre los agentes durante el proceso competitivo y *“se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia*



*sino en la obstaculización de los competidores<sup>7</sup>” a través de “actos que atentan contra la buena fe objetiva y el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo las reglas de la eficiencia<sup>8</sup>”.*

34. En el marco de la pugna competitiva, los agentes económicos causan necesariamente un daño concurrencial lícito a sus competidores, pues es producto del propio funcionamiento del mercado, la captación de consumidores a favor de un determinado agente económico y la detracción de clientela para el otro, siendo que, este desplazamiento en la preferencia de los consumidores será lícito cuando se encuentre sustentado en mejores condiciones de contratación, así como en la decisión libre e informada de los consumidores<sup>9</sup>.
35. En tal sentido, el concepto de lealtad definido en la cláusula general, busca establecer un límite entre las formas lícitas de competir en el mercado que resultan tolerables y deseables por el sistema legal, de aquellas que ocasionan un daño concurrencial ilícito atentando contra el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, por causas ajenas a la eficiencia económica.
36. En efecto, los Lineamientos Generales del OSIPTEL para la Aplicación de las Normas de Represión de la Competencia Desleal en el ámbito de las telecomunicaciones, aprobados por Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 007-2016-TSC/OSIPTEL del 9 de junio de 2016<sup>10</sup> (en adelante, los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL), establecen que el aspecto vulnerado por los actos de competencia desleal es la buena fe empresarial que deben respetar los agentes concurrentes en el mercado, debiendo entenderse por buena fe empresarial, el logro de la preferencia de los usuarios por la eficiencia y los méritos propios, sin acudir o aprovecharse indebidamente de los méritos ajenos.
37. En el ámbito de la jurisprudencia administrativa, la SDC del INDECOPI ha señalado que una conducta resultará sancionable como infracción individual a la cláusula general cuando represente una actuación obstruccionista en el mercado, esto es, cuando ésta dificulte o entorpezca indebidamente el normal desarrollo de las actividades que un competidor pueda desarrollar en el mercado para satisfacer la demanda de los consumidores, afectándose con ello, el proceso competitivo<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> STUCCHI, Pierino (2007) *La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados*. En: Themis 54.

<sup>8</sup> *Ibíd.* Pg. 289

<sup>9</sup> Algunas de las mejoras en las condiciones de la oferta, pueden ser ofrecer una mejor calidad de productos y servicios, precios competitivos, entre otras.

<sup>10</sup> Publicados el 24 de junio de 2016 en el Diario Oficial El Peruano, por Resolución de Consejo Directivo N° 077-2016-CD/OSIPTEL de fecha 16 de junio de 2016.

<sup>11</sup> Al respecto, revisar los siguientes pronunciamientos emitidos por la SDC del Tribunal del INDECOPI: i) Resolución N° 3542-2012/SDC-INDECOPI de fecha 21 de diciembre de 2012, recaída bajo Expediente N°



38. Por su parte, en el marco de la jurisprudencia administrativa del OSIPTEL, los Cuerpos Colegiados<sup>12</sup>, han determinado que a efectos de identificar si una conducta investigada se encuentra prohibida por la cláusula general de competencia desleal, resulta necesario compararla con el *“comportamiento honesto, usual y proporcionado que debería tener un competidor en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones”*, considerada como la *“conducta esperada”*.
39. En concordancia con ello, el artículo 1° de la Ley de Represión de Competencia Desleal<sup>13</sup>, exige que la conducta cuestionada viole un deber general de conducta que perjudique un interés general más allá del interés particular de un agente económico afectado por la conducta, esto es, la referida norma tiene por objeto la protección del orden público económico y no así, la tutela de los intereses particulares de los agentes económicos en el mercado<sup>14</sup>.
40. Cabe mencionar que, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal<sup>15</sup>, la cláusula general establecida en el artículo 6°, es por sí misma el tipo infractor que identifica las conductas desleales susceptibles de ser sancionadas por la autoridad, siendo que, las conductas descritas expresamente en el Capítulo II de la mencionada norma, constituyen un listado enunciativo de actos de competencia desleal que permite de manera complementaria, contar con una mayor claridad sobre las conductas más frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal.

---

052-2011/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Respaldo S.A.C. contra Presto Ya S.A.C. y otros; y, ii) Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI de fecha 21 de febrero de 2013, recaída bajo Expediente N° 147-2011/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Directv Perú S.R.L.

<sup>12</sup> Al respecto, revisar las siguientes Resoluciones de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL: i) Resolución N° 006-2008-CCO/OSIPTEL de fecha 26 de noviembre de 2008, recaída bajo Expediente N° 002-20014-CCO-ST/CD, emitida en el marco del procedimiento iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A.; ii) Resolución N° 014-2011-CCO/OSIPTEL de fecha 16 de agosto de 2011, recaída bajo Expediente N° 001-2011-CCO-ST/CD-LC, emitida en el marco de la controversia entre Cable TV Maxuy S.A.C. y Televisión del Valle S.A.C.; y, iii) Resolución N° 009-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 17 de noviembre de 2015, recaída bajo Expediente N° 006-2014-CCO-ST/CD, emitida en el marco de la controversia entre Instituto del Derecho Ordenador del Mercado contra Telefónica del Perú S.A.A.

<sup>13</sup> **LRCO**

**“Artículo 1.- Finalidad de la Ley.-**

*La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.*

<sup>14</sup> En relación a la finalidad de la ley, la Exposición de Motivos de la LRCO, indica que *“la protección del proceso competitivo implica la tutela de todos los agentes que intervienen en el mercado: los proveedores de bienes o servicios, los consumidores y el orden económico. En este sentido, el Decreto Legislativo se enmarca dentro del modelo social de represión de la competencia desleal, proclamado por las principales legislaciones sobre competencia desleal de raíz romano germánica e implica la protección, no solamente del interés de los concurrentes en el mercado, sino además, del interés de los consumidores y el orden público económico”.*

<sup>15</sup> Exposición de Motivos de la LRCO, pp. 13.



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 30 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

41. Es así que la referida cláusula general, permite que la autoridad de competencia **investigue aquellos actos que por su novedad o por sus singulares características, no se encuentran previstos expresamente en el listado enunciativo** y que, de lo contrario, quedarían impunes, pese a constituir actos que, conforme a la ley en cuestión, serían calificados como desleales.
42. En efecto, conforme a lo expuesto por los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, la aplicación de la cláusula general puede resultar de suma utilidad en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, para hacer frente a prácticas desleales cada vez más complejas derivadas de la aparición de servicios con nuevas características técnicas, o del ofrecimiento de servicios en conjunto (empaquetamientos) como producto de la convergencia.
43. Así, conforme ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia tanto del INDECOPI como del OSIPTEL<sup>16</sup>, la cláusula general constituye una figura de aplicación residual, en tanto no exista un supuesto específico comprendido dentro del catálogo de supuestos más comunes enunciados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por lo que su aplicación debe reservarse a aquel escenario en que la conducta denunciada tenga características propias y atípicas que no se asemejen a alguna de las figuras infractoras enunciadas en el Capítulo II de la norma.
44. De lo previamente expuesto, se concluye que la realización de las conductas desleales enunciadas expresamente en la referida norma, constituyen también una infracción a la cláusula general; no obstante, en el supuesto en que existan actos de competencia desleal que, por su novedad o singulares características, no se encuentren previstos expresamente en la lista enunciativa, éstos resultarían sancionables de manera directa a través de la cláusula general. Es así que, cuando se invoque la aplicación de la cláusula general de manera independiente, como sucede en el presente caso, ésta cumple un papel residual que permite la incorporación de cualquier otra conducta que revista las características de un acto de competencia desleal y no se encuentre tipificado en la lista enunciativa.
45. Al respecto, es preciso señalar que, si bien la cláusula general proporciona una herramienta de gran utilidad para investigar y sancionar prácticas desleales

<sup>16</sup> Este criterio ha sido desarrollado en basta jurisprudencia del INDECOPI, a manera de ejemplo, pueden revisarse los siguientes documentos: i) Resolución N° 2976-2012/SC1-INDECOPI del 25 de octubre de 2012, recaída bajo Expediente N° 215-2011/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido entre Bombos S.A.C contra Compañía Nacional de Chocolates del Perú; ii) Resolución N° 3156-2012/SDC-INDECOPI de fecha 19 de noviembre de 2012, recaída bajo Expediente N°121-2011/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido entre Cemex Perú S.A. y Justino Atencio Gutiérrez; y, iii) Resolución N° 434-2014/SDC-INDECOPI de fecha 28 de marzo de 2014, recaída bajo Expediente N° 015-2012/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado Arzobispo Loayza S.A.C. contra Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado Daniel Alcides Carrión S.A.C.



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019 Página 31 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

cada vez más complejas que se vienen desarrollando en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, producto de la rápida modificación de las condiciones del mercado y la aparición de servicios con nuevas características técnicas derivados de la convergencia tecnológica; ello, no debe implicar una falta de rigurosidad en el análisis de la conducta analizada por parte de la agencia de competencia.

46. Asimismo, el artículo 7° de la LRCD<sup>17</sup> establece que, para determinar la existencia de un acto de competencia desleal, no se requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización, ni tampoco que dicho acto haya generado un daño efectivo en perjuicio de otros concurrentes en el mercado, los consumidores o el orden público, bastando que exista un daño potencial.
47. En tal sentido, los agentes económicos que cometan actos de competencia desleal, no podrán argumentar válidamente en su defensa el desconocimiento de la legislación vigente o la ausencia de dolo, puesto que la ley define la ilegalidad objetiva de dichas prácticas. Además, es preciso tener en consideración que, para el caso de los agentes altamente especializados, esto es, empresas con características similares a las que ostenta AMÉRICA MÓVIL, dedicadas a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a través de un título habilitante otorgado por el Estado, resultaría difícil sostener el desconocimiento de la legislación sectorial vigente que le es exigible.
48. Conforme a lo desarrollado por los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL en diversos pronunciamientos<sup>18</sup>, la metodología de análisis sobre la existencia de una presunta infracción a la cláusula general debe abarcar los siguientes aspectos:
  - (i) Que la conducta realizada por el agente no sea una conducta esperada, atentando así contra la buena fe comercial, logrando o pretendiendo lograr la preferencia de los consumidores por causas distintas a la propia eficiencia y así tentar obtener un beneficio ilícito.
  - (ii) Que dicha conducta afecte o pueda afectar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo: en relación a la oferta o demanda de bienes y/o servicios en el mercado.

<sup>17</sup>

**LRCD**

**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".*

<sup>18</sup>

A manera de ejemplo, puede revisarse las Resoluciones del Cuerpo Colegiado N° 014-2011-CCO/OSIPTEL, recaída bajo Expediente N° 001-2011-CCO-ST/CD-LC y N° 019-2005-CCO/OSIPTEL, recaída bajo los Expedientes acumulados N° 006-2005-CCO-ST/CD y N° 010-2005-CCO-ST/CD.



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 32 de 95

(iii) Que no es necesario acreditar un daño efectivo, bastando constatar que la generación del daño sea potencial, para que la conducta sea considerada ilícita.

49. Finalmente, es preciso dejar en claro que, la conducta orientada a la buena fe empresarial se define según las características y usos propios de cada industria, por lo que, en el presente caso, las reglas de conductas básicas deberán extraerse de la regulación de servicios públicos de telecomunicaciones. Así, los principios generales implícitos en la regulación sectorial ofrecen importante fuente para dar contenido a la cláusula general incluida en la norma de represión de competencia desleal.
50. Por tanto, en atención a lo anteriormente expuesto, la STCCO en su calidad de órgano instructor, deberá acreditar los hechos expresados en la imputación de cargos formulada contra AMÉRICA MÓVIL, y, conforme a ello, proceder a valorarlos en relación a los aspectos previamente señalados para el análisis sobre la existencia de una presunta infracción a la cláusula general.

## **VII.2. Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. Normativa y criterios aplicables**

51. Una modalidad de actos desleales se encuentra establecida expresamente en el artículo 14º de la LRCD, como actos de violación de normas:

### **“LRCD**

#### **Artículo 14.- Actos de violación de normas.-**

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

14.2.- *La infracción de normas imperativas quedará acreditada:*

a) *Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,*

b) **Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia.** *En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente. (...)*

(Énfasis agregado)

52. 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*<sup>19</sup>. 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 mercado<sup>20</sup>.

53. En esta misma línea, diversa jurisprudencia administrativa de 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”*<sup>21</sup>.
54. 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.
55. 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 infracción<sup>22</sup>.
56. 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 *“norma imperativa”*<sup>23</sup>. 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.
57. 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

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> MASSAGUER; José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas.1999. Pg. 432.

<sup>21</sup> Resolución de la SDC 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.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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, Aníbal. *“Introducción al Derecho”*, Tercera Edición, 2008. Editorial IDEMSA, Lima, pg. 267-268.



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 34 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

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.

58. En el presente caso, la STCCO deberá evaluar si AMÉRICA MÓVIL ha incurrido en la infracción prevista en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, por lo que a continuación se desarrollarán los alcances de este segundo supuesto.

**VII.2.1.El supuesto de violación de normas de acuerdo al literal b) del artículo 14.2 de la LRCD**

59. Conforme al literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, 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.
60. 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.”<sup>24</sup>*

61. 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 LRCD, bastará con verificar si el agente investigado cuenta con las autorizaciones respectivas para realizar su actividad económica.

<sup>24</sup> Exposición de Motivos de la LRCD, pp. 20.



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 35 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

62. 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.
63. En el mismo sentido, la SDC del INDECOPI<sup>25</sup> ha reconocido en diversos pronunciamientos, que el supuesto regulado en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, 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)

64. 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.
65. En atención a lo expuesto, se desprende que la infracción prevista en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD se configurará cuando el agente investigado no acredite la existencia de algún título habilitante que se requiera obligatoriamente para realizar cierta actividad económica<sup>26</sup>, siendo que, en caso sea necesario, el

<sup>25</sup> A manera de ejemplo, véanse los siguientes pronunciamientos de la SDC del Tribunal del INDECOPI: i) Resolución N° 140-2016/SDC- INDECOPI 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-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.; iii) Resolución N° 0187-2016/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.; y, iv) 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.

<sup>26</sup> Este criterio ha sido aplicado en diversas Resoluciones de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, véase la Resolución N° 008-2015/CCD-INDECOPI (Expediente N° 182-2012/CCD), la Resolución N° 106-2015/CD1-INDECOPI (Expediente N° 261-2011/CCD) la Resolución N° 191-2015/CD1-INDECOPI



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 36 de 95

OSIPTEL requerirá un informe a la autoridad sectorial competente con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización respectiva.

66. Ahora bien, de acuerdo a la definición señalada en el artículo 14.1 de la LRCD, 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.
67. En concordancia con la Exposición de Motivos de la LRCD, la ventaja significativa para la modalidad de actos de violación de normas contenida en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, 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 incurrir en dichos costos.*

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

68. En esta misma línea, la jurisprudencia administrativa del OSIPTEL 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 LRCD 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*

---

(Expediente Nº 116-2015/CCD), la Resolución Nº 024-2015-CD –INDECOPI (Expediente Nº 249-2013/CCD).



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 37 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

*mercado en observancia de la ley. Estos requisitos involucran costos que son ahorrados por el infractor y asumidos por otros agentes competidores<sup>27</sup>.*

*“(…) 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<sup>28</sup>.*

69. 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 LRCD, 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.
70. 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 dicha empresa, y, conforme a ello, proceder a valorarlos en relación a los aspectos previamente señalados para el análisis sobre la existencia de un presunto acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

<sup>27</sup> Revisar los siguientes pronunciamientos emitidos por la SDC del Tribunal del INDECOPI: i) Resolución 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.; ii) Resolución N° 0187-2016/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.

<sup>28</sup> 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 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 38 de 95

### VIII. CUESTIONES PREVIAS: LAS DEFENSAS DE FORMA DEDUCIDAS POR AMÉRICA MÓVIL

71. A través del Escrito N°2 de fecha 14 de febrero de 2019, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos planteando la siguientes defensas de forma:
- (i) Si la infracción imputada fuese la recogida en la primera parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, solicita que se declare la improcedencia de la denuncia planteada por TELEFÓNICA por incurrir en la causal de falta de interés para obrar. Ello, al existir un pronunciamiento anterior y firme del MTC, que concluye que no corresponde sancionar a AMÉRICA MÓVIL por dicha infracción.
  - (ii) Si la infracción imputada fuese la recogida en la segunda parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, solicita que se declare la improcedencia de la denuncia planteada por TELEFÓNICA por incurrir en la causal de falta de interés para obrar, dado que de acuerdo con lo indicado por el MTC al OSIPTEL existen procedimientos administrativos sancionadores en trámite en relación con estas materias.
  - (iii) En el supuesto negado en que no se declarase fundada la pretensión previa, solicita que se suspenda el presente procedimiento hasta contar con un pronunciamiento firme del MTC en relación con la supuesta vulneración a la norma imperativa señalada por TELEFÓNICA.
72. A través de la Resolución N° 016-2019-CCP/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado Permanente declaró improcedentes las defensas de forma relacionadas a la presunta falta de interés para obrar de TELEFÓNICA. La decisión referida se basó, principalmente, en las siguientes razones:
- (i) El presente procedimiento versa sobre la existencia de presuntos actos de competencia desleal que pueden afectar el proceso competitivo en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, y no está referido, por el contrario, a los supuestos estipulados en el numeral 2 del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
  - (ii) Sin perjuicio de ello, la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que todo aquel que se considere afectado por un acto de competencia desleal puede presentar la denuncia correspondiente, en concordancia con el TUO de la LPAG.
  - (iii) TELEFÓNICA ha cumplido con los requisitos necesarios para la presentación de una denuncia por la comisión de actos de competencia desleal.
73. Asimismo, mediante la resolución referida, el Cuerpo Colegiado declaró improcedente el pedido de suspensión debido a que no se presentó la



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 39 de 95

existencia de alguno de los supuestos de suspensión previstos en la normativa correspondiente<sup>29</sup>.

74. Posteriormente, mediante resolución Nº 009-2019-TSC/OSIPTE, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL confirmó la decisión del Cuerpo Colegiado Permanente respecto de las defensas de forma y pedido de suspensión planteados por AMÉRICA MÓVIL. El referido tribunal sustentó su decisión sobre la base, principalmente, de los siguientes argumentos:

- (i) En el presente procedimiento sancionador, se imputó a AMÉRICA MÓVIL la comisión de la infracción tipificada en artículo 14 de la Ley de Represión de Competencia Desleal. Sobre el particular, el Informe de la STCCO que sustentó el inicio del procedimiento señaló los artículos de la normativa de telecomunicaciones que exigirían títulos habilitantes para que AMÉRICA MÓVIL explote la Banda 2.6 del espectro radioeléctrico. En consecuencia, la imputación de cargos expuso claramente el acto de competencia desleal atribuido a AMÉRICA MÓVIL.
- (ii) Sobre la falta de interés para obrar de TELEFÓNICA, el presente procedimiento no consiste en la determinación de la infracción tipificada en el numeral 2 del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones. Por el contrario, el inicio del presente procedimiento se sustentó en los hechos hallados en la investigación realizada por la STCCO, por lo que los cuestionamientos relacionados a la falta de interés para obrar de TELEFÓNICA no afecta el inicio, ni la tramitación, del presente procedimiento.
- (iii) La suspensión de un procedimiento administrativo únicamente sucede por circunstancia que se encuentra previstas expresamente en el ordenamiento jurídico, como fue señalado por el Cuerpo Colegiado Permanente.
- (iv) Así, la resolución impugnada no generó ninguna situación de indefensión contra AMÉRICA MÓVIL.

75. Sin perjuicio de lo previamente señalado tanto por el Cuerpo Colegiado Permanente y el Tribunal de Solución de Controversias sobre las defensas de forma, ésta STCCO considera pertinente pronunciarse sobre las denominadas

<sup>29</sup> El Artículo 74, inciso 2, del TUO de la LPAG señala que solamente una autoridad administrativa puede abstenerse de ejercer sus atribuciones legales por una ley que lo establezca de ese modo o un mandato judicial expreso. Por otra parte, el artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que el procedimiento administrativo se suspende cuando surja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo del Poder Judicial, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública. Finalmente, el artículo 108 del Reglamento General del OSIPTEL refiere que se suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que los órganos de OSIPTEL se tramitan sólo en caso que se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo del Poder Judicial.



“cuestiones de fondo” invocadas por AMÉRICA MÓVIL, las mismas que ciertamente también constituyen defensas de forma al cuestionar los alcances de la imputación de cargos formulada por la STCCO. Cabe destacar que a lo largo del procedimiento, AMÉRICA MÓVIL no ha presentado ninguna defensa de fondo que desvirtúe el hecho de que ha utilizado contratos de comercialización sin autorización previa o que ha empleado esta estrategia empresarial para burlar las prohibiciones establecidas en la normativa.

a) **Sobre la nulidad de la imputación por vulneración a la cláusula general**

76. En principio, AMÉRICA MÓVIL sostiene que se debe declarar la nulidad de la imputación por vulneración a la cláusula general, dado que la supuesta conducta desleal ha sido ya imputada bajo un supuesto específico de la LRCD, a saber, la conducta de violación de normas.
77. Al respecto, ésta STCCO estima oportuno aclarar que ambas conductas imputadas son distintas e independientes.
78. En principio, a través de la cláusula general se le imputa a AMÉRICA MÓVIL, el desarrollo de una estrategia comercial contraria a la buena fe empresarial que ha tenido por objeto falsear las condiciones de competencia en el mercado, y se ha visto reflejada en la adquisición de empresas que poseen espectro en la Banda 2.6 MHz, sumado a la actual situación en la cual ha suscrito un acuerdo de comercialización con TVS Wireless y OLO que busca validar o legitimar un uso compartido de espectro contrario a la regulación sectorial.
79. Como se puede apreciar, la imputación formulada no cuestiona la adquisición de empresas o la suscripción de acuerdos de comercialización por sí mismos, sino que ambos mecanismos sean empleados por AMÉRICA MÓVIL **para eludir** las restricciones impuestas a la transferencia de espectro radioeléctrico de sus vinculadas TVS Wireless y Olo.
80. De otro lado, a través de la violación de normas, se le imputa a AMÉRICA MÓVIL, el no estar en capacidad de acreditar la tenencia de una autorización administrativa (Resolución Directoral o Viceministerial expedida por el MTC), exigida por la regulación sectorial para utilizar y explotar el espectro radioeléctrico en la banda 2.6.
81. En el presente caso, AMÉRICA MÓVIL no ha podido acreditar la tenencia de un título habilitante para poder usar el espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 MHz. Tampoco ha podido contradecir la evidencia probatoria que acredita la explotación de la Banda 2.6 MHz tal como los Informes de GPRC del OSIPTEL, Informes del MTC, el acta notarial presentada por TELEFÓNICA, entre otros documentos.



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019 Página 41 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

82. En conclusión, y siguiendo la misma línea argumentativa expresada por TELEFÓNICA<sup>30</sup>, las conductas imputadas por el Cuerpo Colegiado Permanente son tan independientes entre sí que, incluso si es que AMÉRICA MÓVIL no hubiese adquirido a las empresas en cuestión ni hubiese suscrito los referidos acuerdos comercialización, igualmente hubiera incurrido en la infracción al literal b) del artículo 14.2º de la LRCD al explotar la Banda 2.6 sin contar con la Resolución Directoral o Viceministerial correspondiente.
83. De la misma manera, si AMÉRICA MÓVIL empezara a utilizar el espectro radioeléctrico, a través de figuras alternativas que buscan eludir las restricciones impuestas por la regulación y los respectivos contratos<sup>31</sup> (por ejemplo, la restricción temporal de 3 años para transferir, a favor de AMÉRICA MÓVIL, la concesión y el espectro de sus vinculadas), dicha estrategia por sí misma podría encajar el tipo infractor descrito en el artículo 6º de la LRCD. En ese sentido, para imponer una sanción en mérito a la cláusula general no resulta necesario que además exista una explotación del espectro radioeléctrico sin contar la respectiva autorización.
84. Sin perjuicio de lo previamente expuesto, AMÉRICA MÓVIL señala que en el supuesto negado que no se ampare la nulidad de la imputación de cargos solicitada, dicha imputación debe ser declarada infundada, pues no existe una vulneración a la “buena fe empresarial”. Al respecto, cabe indicar que dicho análisis será materia de evaluación en la sección correspondiente del presente Informe Instructivo.

**b) Sobre la improcedencia por falta de configuración de los hechos denunciados en el supuesto de violación de normas**

85. AMÉRICA MÓVIL sostiene que se debe declararse la improcedencia de la imputación por violación de normas, pues los hechos denunciados no configuran el supuesto de infracción bajo el literal b) del artículo 14.2º de la LRCD, sino en el literal a) del referido artículo. Así, la improcedencia de la imputación acarrea su nulidad.

<sup>30</sup> Escrito de absolución de descargos presentado por TELEFÓNICA el 13 de marzo de 2019.

<sup>31</sup> En concreto, las adendas de los contratos de concesión de TVS Wireless y Olo contaban con restricciones que les impedía transferir su espectro radioeléctrico por los siguientes plazos:

Empresa	Adenda	Restricción temporal para transferir espectro
TVS	Resolución Viceministerial No. 959-2016-MTC/03	Hasta el 09/09/21
	Resolución Viceministerial No. 1346-2017-MTC/03	Hasta el 22/12/20
Olo	Resolución Viceministerial No. 1344-2017-MTC/03	Hasta el 22/12/20
	Resolución Viceministerial No. 1345-2017-MTC/03	Hasta el 22/12/20



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 42 de 95

86. Al respecto, el artículo 14.2º de la LRCD establece lo siguiente:

**“Ley de Represión de Competencia Desleal**

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

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

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

- c) 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,
- d) **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)

87. De acuerdo a lo establecido por la norma en cuestión, mientras que en el primer inciso, para acreditar la infracción de la norma imperativa, se requiere probar la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción; el segundo inciso exige que la persona obligada a contar con las autorizaciones necesarias para desarrollar determinada actividad empresarial, **no acredite documentalmente su tenencia.**

88. En el presente caso, mediante Resolución Nº 065-2018-CCP/OSIPTEL, se imputó a AMÉRICA MÓVIL el hecho de no estar en capacidad de acreditar la tenencia de una autorización administrativa (Resolución Directoral o Viceministerial expedida por el MTC), exigida por la regulación sectorial para utilizar y explotar el espectro radioeléctrico, corroborándose la infracción a una norma imperativa.

89. Con relación a lo anterior, cabe precisar que la normas de carácter imperativo presuntamente vulneradas, de conformidad con el Informe Nº 018-STCCO/2018 fueron las siguientes:

- El artículo 204º del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 020-2007-MTC (en adelante, el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), que establece lo siguiente: **“El uso del espectro radioeléctrico requiere de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente, según sea el caso, previo cumplimiento de los requisitos**



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 43 de 95

establecidos en el Reglamento. Tratándose de servicios públicos de telecomunicaciones **la asignación se hará mediante resolución directoral del órgano competente del Ministerio**.

- El artículo 117° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, que establece: “(...) Las concesiones y las asignaciones de espectro relativas a aquéllas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, la cual será formalizada mediante **resolución viceministerial**”.
90. Como se puede apreciar, la infracción de la norma imperativa que se imputa a AMÉRICA MÓVIL consiste en el uso del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz sin contar con el título habilitante correspondiente, ya sea la Resolución Directoral o Viceministerial, de acuerdo a las exigencias previstas en los artículos 204° y 117° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, para los casos de asignación o transferencia de espectro radioeléctrico.
  91. Asimismo, AMÉRICA MÓVIL no puede pretender aducir los mismos argumentos planteados ante el MTC para el presente procedimiento, pues se tratan de procedimientos de naturaleza distinta, en los cuales el MTC y el OSIPTEL buscan acreditar la comisión de distintas infracciones.
  92. Por su parte, el MTC tiene por función sancionar la utilización del espectro radioeléctrico sin la respectiva autorización o la utilización del mismo en una banda distinta a la asignada de acuerdo a la infracción prevista en el artículo 82.7 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones; mientras que el OSIPTEL por su parte, busca a través de la conducta de violación de normas, sancionar el hecho que un agente económico se valga de una ventaja competitiva significativa fruto de una ilegítima concurrencia en el mercado, derivada de no contar con las autorizaciones, contratos o títulos requeridos obligatoriamente para realizar determinada actividad empresarial.
  93. Como se puede apreciar, cada entidad cumple con finalidades distintas, pues corresponde al MTC – y no al OSIPTEL – sancionar a AMÉRICA MÓVIL por la infracción prevista en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y establecer los alcances de la mencionada imputación, esto es, si la conducta realizada por AMÉRICA MÓVIL corresponde a la primera o segunda parte de la norma (utilización del espectro sin la respectiva autorización o el uso de frecuencias no autorizadas).
  94. Cabe destacar que la normativa sectorial en telecomunicaciones contempla una tipificación por remisión en la cual, determinados artículos del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones describen las obligaciones específicas de los concesionarios respecto al uso del espectro – como es el



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 44 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

caso de los artículos 117° y 204° - mientras que la tipificación de la infracción por el incumplimiento de dichas obligaciones se encuentra descrita en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

95. Por tanto, en el presente caso, corresponde a la STCCO emitir opinión en relación a la conducta de violación de normas imputada a AMÉRICA MÓVIL consistente en el hecho de que ésta se esté valiendo de una ventaja significativa mediante su concurrencia en el mercado de telecomunicaciones sin contar con el respectivo título habilitante para usar la Banda 2.6 MHz del espectro radioeléctrico, a diferencia de otros competidores que actúan en el marco de la ley.

## IX. APLICACIÓN AL CASO EN CONCRETO

### IX.1. El procedimiento sancionador seguido contra AMÉRICA MÓVIL bajo Expediente N° 2018-0423

96. En el marco de la etapa de investigación, la STCCO, a través del Oficio N° 386-STCCO/2019 notificado el 4 de julio de 2019, le requirió a la Dirección General de Fiscalizaciones y Sanciones en Comunicaciones del MTC diversa información referente al procedimiento sancionador que archivó mediante Resolución Directoral N° 1386-2018-MTC/29 de fecha 27 noviembre de 2018, recaída bajo Expediente 2018-0423.
97. Mediante Oficio N° 0080-2019-MTC/29 recibido el 11 de julio de 2019, el MTC remitió la información solicitada por la STCCO por medio del Oficio N° 386-STCCO/2019. Así, la STCCO valoró diversos elementos que permitirían demostrar que AMÉRICA MÓVIL utilizaba el espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 MHz, para la cual no tenía autorización.
98. Al respecto, a través de las Actas N° 1272-2017, N° 1273-2017 y N° 1274-2017 de Verificación de Operación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones del 31 de julio de 2017, se constató que AMÉRICA MÓVIL presta el servicio público de telefonía móvil en la frecuencia 2630 MHz, la misma que se verificó dentro del rango de banda de frecuencias de 2620-2640 MHz (Down-Link) y 2500-2520 MHz (Up-Link), ubicada en avenida Nicolás Arriola N° 480, torre Corp. Claro, distrito de La Victoria, sin la correspondiente concesión otorgada por el MTC
99. En ese sentido, mediante Informe N° 1351-2017-MTC/29.CGMIC.ci de fecha 4 de octubre de 2017, se concluyó que AMÉRICA MÓVIL opera dos portadoras con tecnología LTE de modo FDD en el rango de 2620-2640 MHz y 2500-2520 MHz sin contar con título habilitante en dichas bandas.
100. Teniendo en cuenta lo anterior, esta STCCO considera pertinente aclarar que el archivo del primer procedimiento sancionador iniciado por el MTC y recaído bajo Expediente 2018-0423, se dio por una falta de precisión en la imputación de cargos efectuada por el MTC.



101. Así, mediante Resolución Administrativa N° 0255-2018-MTC/29.AAFI del 24 de julio de 2018, la autoridad administrativa encargada de la fase instructora, dispuso iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de la infracción administrativa tipificada en la primera parte del numeral 1) del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, referida a la realización de actividades relacionadas con los servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente autorización o concesión; y, por la presunta comisión de la infracción administrativa tipificada en la primera parte del numeral 2) del artículo 87° de la Ley de Telecomunicaciones, referida a la utilización del espectro de frecuencia radioeléctrica sin la correspondiente autorización o concesión.
102. Para el referido inicio del procedimiento sancionador, el MTC se basó en la inspección técnica realizada por la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones, la cual se materializó en diversas actas de inspección, determinando que AMÉRICA MÓVIL carece de concesión para la prestación del servicio público de telefonía móvil en la Banda 2.6 MHz.
103. Como se puede apreciar, en ese primer procedimiento sancionador, el MTC contaba con todos los medios probatorios para sancionar a AMÉRICA MÓVIL, pues ya estaba acreditado que dicha empresa utilizó una porción del espectro radioeléctrico que no se le asignó<sup>32</sup>; no obstante, al momento de realizar la imputación el MTC cometió una imprecisión y en vez de imputar cargos por la segunda parte del artículo 87.2° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, imputó por los numerales 1) (primera parte) y 2) (primera parte) del artículo 87° de la referida norma.
104. De lo anterior, es válido concluir que dicho procedimiento habría tenido éxito si dicha autoridad sectorial hubiera iniciado un procedimiento sancionador por la segunda parte del artículo 87.2° de la Ley de Telecomunicaciones, o hubiese ampliado la imputación de cargos con dicha precisión, es decir, por la explotación del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 MHz, la cual ha sido asignada a otras empresas distintas a AMÉRICA MÓVIL.

### **IX.2. El procedimiento sancionador seguido contra AMÉRICA MÓVIL ante el MTC bajo Expediente N° 2018-667**

105. El 18 de octubre de 2018, el MTC decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL, por la presunta comisión de las siguientes infracciones:

	HECHO IMPUTADO	TIPO INFRACTOR	CAUIFICACIÓN	SANCIÓN APLICABLE
32 MTC	Uso de frecuencias en la banda 2500-2700 MHz, <u>distintas a las autorizadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones</u>	<u>Numeral 2) del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones (parte final)</u>	Muy grave	Desde 151 hasta 350 UIT
	La negativa o la obstrucción y resistencia a las inspecciones administrativas efectuadas el 4 y 6 de setiembre de 2018	Numeral 6) del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones	Muy grave	Desde 151 hasta 350 UIT
	No presentar información solicitada, negarse a facilitar información relacionada con el servicio, a la autoridad de telecomunicaciones, en las inspecciones del 4 y 6 de setiembre de 2018	Numeral 10) del artículo 88 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones	Grave	Desde 51 hasta 150 UIT

106. Entre las infracciones investigadas, el MTC imputó a AMÉRICA MÓVIL el haber utilizado la banda de frecuencia 2.6 del espectro radioeléctrico sin la correspondiente autorización, de acuerdo a la infracción tipificada en el segundo supuesto del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
107. Mediante Resolución N° 896-2019-MTC/29.03, de 14 de octubre de 2019 (en adelante, Resolución Final), el MTC mostró las frecuencias del espectro radioeléctrico asignadas a AMÉRICA MÓVIL mediante diversos instrumentos<sup>33</sup>.
108. De esta manera, al momento de emitirse la Resolución Final, AMÉRICA MÓVIL tenía la autorización para usar las siguientes porciones del espectro radioeléctrico:

Banda 698-806 MHz				
Bloque	Rango de frecuencias (MHz)		Empresa	Área de Asignación
	Ida	Retorno		
B	718-733	773-788	América Móvil Perú S.A.C.	A nivel nacional

Bandas 824-849 MHz y 869-894 MHz				
Banda	Rango de frecuencias (MHz)		Empresa	Área de Asignación
	Ida	Retorno		
B	835 - 845	880-890	América Móvil Perú S.A.C.	A nivel nacional
	846,5 - 849	891,5 - 894		

Bandas 1850-1910 MHz y 1930-1990 MHz				
Banda	Rango de frecuencias (MHz)		Empresa	Área de Asignación
	Ida	Retorno		
A	1850-1865	1930-1945	América Móvil Perú S.A.C.	A nivel nacional
F	1895-1897,5	1975-1977,5		

33

- (iii) Resolución Ministerial N° 518-2007-MTC/03, de 13 de setiembre de 2007.
- (iv) Resolución Directoral N° 072-2007-MTC/27, de 20 de setiembre de 2007.
- (v) Resolución Viceministerial N° 167-2000-MTC/15.03, de 5 de mayo de 2000.



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019 Página 47 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

Fuente: Resolución Directoral N° 896-2019/MTC/29.03, expedida en el expediente N° 2018-667

109. Entre las frecuencias asignadas a AMÉRICA MÓVIL, no se encontró ninguna autorización respecto a la banda 2.6 del espectro radioeléctrico.
110. En tal sentido, el MTC investigó si AMÉRICA MÓVIL utilizaba la banda de frecuencia 2.6 del espectro radioeléctrico. Los resultados de la investigación, así como el razonamiento probatorio empleado en la resolución final del procedimiento referido, fueron los siguientes:
- a) El MTC verificó que AMÉRICA MÓVIL opera la banda 2.6 a través de las siguientes actas: Acta N° 1272-2017, de 31 de julio de 2017, Acta N° 1273-2017, de 24 de julio de 2018, Acta N° 1274-2017, de 25 de julio de 2018. Las actas se emitieron en el marco de la verificación de operación de los servicios públicos de telecomunicaciones.
  - b) Posteriormente, el MTC realizó inspecciones para corroborar la infracción imputada a AMÉRICA MÓVIL. Así, en base a diversos elementos de juicio, la autoridad instructora del MTC concluyó que se encuentra acreditado que AMÉRICA MÓVIL viene utilizando las frecuencias 2.6 MHz del espectro radioeléctrico.
  - c) Así, mediante actas de inspección N° 238-2018, 241-2018, 242-2018, 244-2018, 239-2018, 240-2018, 243-2018, 245-2018, 246-2018, 247-2018, 248-2018, 249-2018, el MTC corroboró la comisión de la infracción imputada a AMÉRICA MÓVIL. El detalle de las actas es el siguiente:

Fechas de las Actas	Estación Base/ ACTA	Centro de Operación de Red (NOC)
04/09/2018	BTS LIL 0847 CASTRO REY Acta N° 238-2018	Acta N° 244-2018 Contiene las pruebas de las estaciones: BTS LILO 084 CASTRO REY, BTS 0058 LAS ARTES Y BTS LI 0092 SAN BORJA NORTE
	BTS LIL 0058 LAS ARTES Acta N° 241-2018	
	BTS LIL 0092 SAN BORJA NORTE Acta N° 242-2018	
06/09/2018	BTS LIL 0086 SAN LUIS Acta N° 247-2018	Acta N° 245-2018 Contiene las pruebas de las estaciones: BTS LI 0086 SAN LUIS, BTS LI 1016 ESCOBEDO y BTS LI 0179 PASTAZA
	BTS LIL 1016 ESCOBEDO Acta N° 248-2018	
	BTS LIL 0179 PASTAZA Acta N° 248-2018	

Página 47 de 95



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 48 de 95

d) Por su parte, la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones señaló que AMÉRICA MÓVIL no contaba con asignación de espectro radioeléctrico en la banda 2.6, por lo que dicha empresa no se encontraba autorizada a usar las frecuencias indicadas.

111. En tal sentido, el órgano del MTC encargado de aplicar la sanción concluyó que AMÉRICA MÓVIL usó la banda referida sin la autorización correspondiente, configurándose, de esa manera, la infracción prevista en la parte final del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

112. La STCCO comparte la conclusión realizada por el MTC respecto a que AMÉRICA MÓVIL infringió la parte final del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, en el marco del procedimiento administrativo sancionador tramitado bajo el Expediente N° 2018-0667. Ello, debido a que las pruebas recabadas por el MTC demuestran que AMÉRICA MÓVIL utilizó la banda de frecuencias 2.6 del espectro radioeléctrico, sin contar con una resolución directoral o viceministerial que autorice el uso de la referida banda.

113. Sin embargo, el MTC decidió no imponer la sanción prevista en el numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones a AMÉRICA MÓVIL, en base a los siguientes argumentos:

- a) El 19 de octubre de 2016, Olo, Cable Visión, TVS y AMÉRICA MÓVIL suscribieron un acuerdo de comercialización. Dicho acuerdo estableció una relación de comercialización entre dichas empresas a fin de que AMÉRICA MÓVIL se constituya en comercializador del servicio portador y conmutación de los datos por paquetes que brindan Olo, Cable Visión y TVS, mediante las bandas de espectro asignadas a dichas empresas.
- b) El 15 de diciembre de 2017, la Dirección General de Comunicaciones del MTC informó, entre otros aspectos, que no es posible concluir que los acuerdos de comercialización suscritos por AMÉRICA MÓVIL sean ilegales; no obstante, la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones del MTC debe realizar las acciones correspondientes.
- c) La Norma de Arrendamiento de Espectro incorporó al artículo 258° del TUO del Reglamento de Ley de Telecomunicaciones, entre otras disposiciones, el numeral 18, el cual señala que constituye una infracción muy grave establecer relaciones de comercialización de servicios y/o tráfico que involucre el uso del espectro radioeléctrico como medio de transmisión, sin la obtención previa y expresa del permiso de arrendamiento del MTC.
- d) Asimismo, la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro estableció un plazo de seis (6) meses, desde su entrada en vigencia, para que se adecuen los acuerdos de



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 49 de 95

comercialización a las condiciones de dicho reglamento, precisando que al término de dicho plazo se impondrán las sanciones correspondientes.

- e) El numeral 5 del artículo 248° del TUO de la LPAG señala que las disposiciones administrativas producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o infractor. Por tanto, el plazo de seis (6) meses de adecuación establecido en la Norma de Arrendamiento de Espectro implica que se exima de la imposición de sanciones a los administrados que cuente con contratos de comercialización.
  - f) Además, el numeral 18 incorporado al artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones se ajusta en forma más específica a la conducta desarrollada por AMÉRICA MÓVIL respecto a la suscripción de acuerdos de comercialización, sin la autorización previa del MTC.
  - g) AMÉRICA MÓVIL se encuentra dentro del universo de administrados que cuenta con un plazo máximo de seis (6) meses para efectuar las acciones de adecuación de sus acuerdos de comercialización.
114. De esta manera, el MTC estimó que si bien AMÉRICA MÓVIL cometió la infracción tipificada en el numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, al existir un acuerdo de comercialización de por medio, le es aplicable el periodo la adecuación previsto en la Norma de Arrendamiento de Espectro. En consecuencia, el MTC decidió archivar el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra AMÉRICA MÓVIL.

### **IX.3. La aplicación del Principio de retroactividad benigna**

115. Antes de abordar el concepto de retroactividad benigna en el procedimiento administrativo sancionador, conviene exponer brevemente las premisas constitucionales relacionadas a la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, así como los conceptos de aplicación inmediata y retroactiva de las normas jurídicas.
116. El artículo 103° de la Constitución Política señala que las leyes, desde su entrada en vigencia, se aplican a las consecuencias de las relaciones y



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019 Página 50 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

situaciones jurídicas existentes, y no tienen fuerza ni efectos retroactivos, excepto cuando favorece al reo en materia penal<sup>34</sup>.

117. El referido artículo 103° de la Constitución Política contiene dos reglas; una regla general y una excepción:

- (i) La regla general consiste en que las leyes no tienen fuerza ni efectos retroactivos. Desde su entrada en vigencia, se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas actuales.
- (ii) La excepción refiere que las leyes tienen fuerza y efectos retroactivos cuando favorece al reo en materia penal.

118. La regla general del artículo 103° de la Constitución establece que las normas jurídicas se aplican de manera inmediata. La aplicación inmediata de una norma se realiza sobre los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigencia y aquel en que es modificada o derogada<sup>35</sup>.

119. Así, en principio, ante una sucesión de normas jurídicas en el tiempo, la nueva norma se aplica inmediatamente a los hechos o situaciones jurídicas que regula, descartando, con ello, la aplicación de la nueva norma a hechos anteriores a su vigencia. Dicho de otra manera, la aplicación inmediata implica la irretroactividad de las normas jurídicas. La aplicación inmediata o irretroactividad de las normas jurídicas se fundamenta en la seguridad jurídica; pues, para el ejercicio de la libertad, se requiere la posibilidad de conocer qué conductas están prohibidas y qué conductas se encuentran permitidas, lo que es posible solamente respecto de las leyes vigentes en el momento de decidir un comportamiento determinado<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> **Constitución Política del Perú**  
**“Artículo 103°.-** Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos casos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

<sup>35</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El título preliminar del Código Civil*. Fondo Editorial PUCP, Novena edición, Lima, 2008 p. 47.

<sup>36</sup> En materia penal y comentando la legislación española, Enrique Bacigalupo señala lo siguiente:

*“La exigencia de la ley previa a la comisión del hecho tiene fundamento penal: la ley penal quiere prevenir la comisión de los hechos punibles imponiendo deberes y amenazando su incumplimiento con la aplicación de una pena. Por lo tanto, la ley quiere, ante todo, motivar al autor y esto solo podría hacerlo una ley preexistente a la decisión de este.*

*Pero a la vez el principio de la ley previa, es decir, la irretroactividad de la ley penal, tiene un fundamento constitucional: la seguridad jurídica (art. 9.3, CE) y, por lo tanto, la libertad (art. 17.1 CE) requiere la posibilidad de conocer qué acciones están prohibidas y cuáles permitidas y esto solo es posible con respecto a las leyes vigentes en el momento de decidir la acción.”* (BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Ara Editores, Perú, 2004, p. 179).



120. Sin embargo, como se refirió, el artículo 103° de la Constitución señala que las normas jurídicas tienen fuerza y efectos retroactivos cuando favorece al reo en materia penal<sup>37</sup>. La aplicación retroactiva de una norma es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia; en otras palabras, antes de su aplicación inmediata<sup>38</sup>.
121. Por consiguiente, el orden jurídico constitucional establece la aplicación inmediata de las normas jurídicas (o irretroactividad de las normas jurídicas) y admite la posibilidad de que sean aplicadas de manera retroactiva, en ciertos supuestos<sup>39</sup>.
122. En el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, el TUO de la LPAG ha incorporado legislativamente la retroactividad favorable o benigna de las normas jurídicas a los hechos que constituyan infracciones administrativas, de similar manera que en materia penal. Textualmente, el artículo 248, inciso 5, del TUO de la LPAG señala lo siguiente:

**“TUO de la LPAG**

**Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

**5.- Irretroactividad.-** *Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.*

*Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entra en vigor la nueva disposición.”*

123. El primer párrafo de la norma establece que las normas jurídicas en materia sancionatoria se aplican de manera inmediata en el momento que un administrado incurre en la infracción de una norma administrativa. Lo que implica la irretroactividad de las normas que tipifican infracciones administrativas, es decir, solamente pueden reprimirse las conductas que, al

<sup>37</sup> La excepción referida es reforzada por el artículo 139, inciso 11, de la Constitución. Dicha disposición señala lo siguiente:

**Constitución Política del Perú**

**Principios de la Administración de Justicia**

**“Artículo 139°.-** *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

(...)

*11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.”*

<sup>38</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El título preliminar del Código Civil*. Fondo Editorial PUCP, novena edición, Lima, 2008 p. 51.

<sup>39</sup> La irretroactividad de las leyes, además, ha sido incorporada a la legislación nacional. Así, por ejemplo, el artículo III del Título Preliminar del Código Civil señala que *“la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú”*. Por su parte, el artículo 6 del Código Penal señala que *“la Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible (...).”*



momento de ejecutarlas, estuvieran previstas como infracciones administrativas<sup>40</sup>.

124. Ahora bien, en concordancia con la excepción establecida en el artículo 103° de la Constitución, referida a la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables, el segundo párrafo del inciso 5 del artículo 248° del TUO de la LPAG indica que las nuevas normas que consignent infracciones administrativas producen efecto retroactivo cuando favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en la descripción de la infracción como en la consecuencia jurídica establecida en la infracción<sup>41</sup>.
125. De esta manera, en la legislación administrativa sancionadora, se reconoce también, junto a la irretroactividad de las normas jurídicas, el principio de retroactividad favorable o benigna de las normas administrativas cuando favorecen al infractor.
126. A efectos de abordar el alcance del contenido del principio de retroactividad benigna, es pertinente exponer el fundamento de dicho principio en materia penal y su desarrollo en el ordenamiento administrativo sancionador.
127. En materia penal, se han analizado diversas consideraciones que sustentan la aplicación del principio de retroactividad benigna de las normas penales. Dichas apreciaciones resultan pertinentes a fin de evaluar el fundamento de la retroactividad benigna de las normas administrativas sancionadoras, debido a que ambas ramas jurídicas comparten una naturaleza similar al ser ambas expresiones del *ius puniendi* estatal.

<sup>40</sup> Dicha interpretación también se sustenta en el enunciado contenido en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, el cual expresamente señala lo siguiente:

**Constitución Política**

**Derechos fundamentales de la persona**

**Artículo 2°.-** *Toda persona tiene derecho:*

(...)

24. *Al libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:*

(...)

d. *Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley."*

De este modo, el primer párrafo del artículo 248, inciso 5, del TUO de la LPAG sigue los preceptos generales establecidos en la Constitución respecto a la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo y la prohibición de aplicar las normas de manera retroactiva.

<sup>41</sup> Asimismo, el artículo 7 del Código Penal establece lo siguiente, en concordancia con el artículo 103 de la Constitución Política:

**Código Penal**

**Artículo 7°.-** *Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho."*

Analizando el derecho administrativo argentino, Cassagne señala que, como excepción a la irretroactividad, se admite la aplicación retroactiva de la ley. Así lo prescribe el código penal argentino, norma aplicable directamente al derecho administrativo sancionador. Según Cassagne, dicha regla ha sido reiteradamente acogida por la jurisprudencia administrativa en Argentina (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 575).



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 53 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

128. Muñoz Conde y García Arán indican que la aplicación del principio de retroactividad benigna responde a una exigencia de coherencia en la interpretación del ordenamiento jurídico, puesto que si los hechos han dejado de ser desvalorados por el legislador o se les desvalora en menor medida, no tiene sentido que los ciudadanos soporten las consecuencias de unas leyes que han dejado de considerarse adecuadas<sup>42</sup>.
129. Además, los referidos autores señalan que el fundamento de la retroactividad benigna se explica a través del concepto de sucesión de leyes penales. Las leyes penales tienen como función proteger valores o bienes jurídicos esenciales para una sociedad. La exigencia de que la normativa penal exprese, en cada momento histórico, ese orden de valores determina que las normas evolucionen y sean sustituidas al compás de los cambios valorativos que ocurren en una sociedad. Tal sustitución de las normas vigentes por otras más adecuadas al contexto histórico se conoce como sucesión de leyes penales.<sup>43</sup>
130. Bacigalupo, por su parte, señala que el fundamento de la retroactividad de la ley penal más favorable es político-social, dado que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de penas por hechos que ya no se consideren delitos o cuando la gravedad de aquellas aparece como desproporcionada<sup>44</sup>.
131. En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“Conforme a ello, en nuestro ordenamiento jurídico rige, en principio, la aplicación inmediata de las normas. En el derecho penal sustantivo la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de sus comisión (Cfr. STC 1300-2002-HC/TC, fundamento 7).<sup>45</sup>*

*El principio de retroactividad benigna, por lo tanto, propugna la aplicación de una norma penal posterior a la comisión del hecho delictivo, a condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al actor. Ello, sin duda constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley sustentada en razones político-criminales, en la medida en que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, esencialmente, en virtud del principio de*

<sup>42</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 141.

<sup>43</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 138-139.

El concepto de sucesión de leyes penales puede aplicarse para la sucesión de normas jurídicas en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Las infracciones administrativas, como los delitos, constituyen límites a la actuación de todos los sujetos privados y públicos. Tanto las infracciones administrativas como las leyes penales pretenden que los ciudadanos se abstengan de infringir las normas jurídicas correspondientes, y para ello consignan la imposición de una sanción o pena a quienes cometan determinadas conductas. Ambas normativas, asimismo, tienen como función proteger bienes jurídicos relevantes para una sociedad, por ejemplo, la normativa de competencia desleal tutela el proceso competitivo en los diversos mercados. De ahí que dicho concepto de sucesión de leyes sirve también para explicar el fundamento de la retroactividad favorable en el ámbito administrativo sancionador.

<sup>44</sup> BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Ara Editores, Perú, 2004, p. 179.

<sup>45</sup> Fundamento 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 2010, expedida en el Expediente N° 02348-2010-PHC/TC.}



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 54 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

*humanidad de las penas, el cual se fundamenta en la dignidad de la persona (artículo 1° de la Constitución).<sup>46</sup> (Subrayado agregado).*

132. La doctrina de derecho administrativo ha acogido la argumentación citada, para, a su vez, fundamentar la aplicación retroactividad de normas administrativas favorables en materia sancionadora. De esta manera, en la rama del derecho administrativo, la doctrina señala que el fundamento de este principio se encuentra en la disminución del desvalor social de la conducta, de modo que no tendría sentido seguir imponiendo el mismo castigo a una conducta que es percibida como menos grave que cuando se cometió<sup>47</sup>.
133. Por consiguiente, puede concluirse que, en materia administrativo sancionadora, el principio retroactividad benigna o favorable se fundamenta en la disminución de la valoración negativa de un determinado comportamiento en una sociedad. De ahí que no es coherente tratar de distinta manera a quienes han cometido la misma infracción, a pesar de que los comportamientos se hayan realizado en periodos diferentes.
134. Para identificar la norma jurídica más favorable, se requiere realizar una comparación de las dos situaciones jurídicas surgidas de la reforma posterior a la comisión del ilícito. De esta manera, debe compararse la aplicación al caso de la situación vigente en el momento de la comisión del ilícito con el estado de las cosas que resulta de la reforma<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Fundamento 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 2010, expedida en el Expediente N° 02348-2010-PHC/TC.

<sup>47</sup> BACA ONETO, Víctor. *La Retroactividad favorable en Derecho Administrativo Sancionador*. En Revista Themis (69), 2016, p. 27-43. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16709>.

Alejandro Nieto, por su lado, señala que el fundamento de la retroactividad de las normas administrativas sancionadoras es la igualdad, pues se considera inocuo castigar con distinta manera a quienes han cometido la misma infracción. El referido autor, con la finalidad de apoyar el argumento anterior, cita el siguiente voto particular del Magistrado Mendizábal que fue acompañado a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 99/200, de 10 de abril:

*"El límite cronológico del ius punendi como conjunto de normas y como potestad comprende tanto la interdicción de la irretroactividad de la ley más severa [...] como la retroactividad obligada de la más benigna, no por compasión, humanitatis causa, ni tampoco por aplicación del principio in dubio pro reo, sino por razones de justicia como valor constitucional preferente y norte de Estado de Derecho [...] Cuando el legislador promulga una ley sancionadora (no sólo la penal) más suave esta reconocimiento implícitamente al menos que la precedente más severa no se acomoda a las exigencias de justicia de la sociedad coetánea. No parece coherente admitir a priori la posibilidad de que dos poderes públicos, el legislativo y el judicial funcionen cada uno a su aire, exonerando y castigando a la vez las mismas conductas por mor del tiempo en que sucedieron. Es evidente que para evitar tal distonía debe prevalecer la ley nueva que refleja las convicciones del pueblo, a través de sus representantes, en tan preciso momento y, por tanto, pone el listón mínimo ético o aplica el principio de intervención mínima." (subrayado, agregado). (NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, quinta edición, Madrid, 2012, p. 203).*

De las premisas referidas, también se extrae que el fundamento principal de la retroactividad favorable de las normas en materia sancionatoria consiste en la disminución de la negatividad de una determinada conducta en la sociedad. Si el legislador emite normas más benignas, reconoce implícitamente que las normas precedentes no se acomodan a las valoraciones sociales actuales. De ahí que no es coherente castigar de distinta manera a quienes han cometido la misma infracción, a pesar de que los comportamientos se hayan realizado en periodos diferentes.

<sup>48</sup> BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Ara Editores, Perú, 2004, p. 180.



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019 Página 55 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

135. Así, por ejemplo, debe diferenciarse si la modificación normativa ha ocasionado un cambio en el supuesto de hecho (infracción) o una variación de la consecuencia jurídica (multa, inhabilitación, etcétera). Si la variación o cambio tiene lugar en el ámbito del hecho descrito como infracción, será necesario establecer si se mantiene la identidad del ilícito administrativo. Una vez afirmada la continuidad del ilícito administrativo, deberá compararse, de manera concreta, las normas administrativas que se suceden en el tiempo, para establecer cuál de dichas normas resulta la más favorable al presunto infractor o infractor<sup>49</sup>.
136. El propósito de dicho análisis es determinar si la conducta considerada ilícita ha sufrido variaciones que impliquen la creación de una nueva situación jurídica distinta a la regulada por las normas anteriores, es decir, una situación jurídica que involucre un cambio de la valoración social de la infracción. Ello debido a que las decisiones de las autoridades administrativas, en materia sancionadora, deben adecuarse a las nuevas valoraciones sociales efectuadas por el legislador, y, además, solamente cabe analizar la aplicación del principio de retroactividad favorable si efectivamente se ha producido un cambio en la regulación de una infracción administrativa vigente. Al respecto, comentando la legislación penal, García Cavero señala lo siguiente:

*“Un conflicto de leyes penales en el tiempo tiene lugar solamente si ha existido efectivamente un cambio en la regulación penal vigente al momento del hecho, pues puede ser que la sucesión de leyes penales no necesariamente implique la creación de una situación jurídica distinta a la dispuesta en una ley penal anterior. Así sucede, por ejemplo, cuando las leyes penales que se suceden en el tiempo reproducen exactamente el mismo tipo de injusto y la pena prevista, modificando otros aspectos de la ley. Tampoco puede hablarse de una sucesión de leyes penales en el tiempo cuando sólo existe un cambio jurisprudencial sobre la interpretación de la ley penal. (...)”*

*Los conflictos temporales aparecen, más bien, cuando la ley penal vigente al momento del hecho no regula el delito o la pena de la misma manera que la ley vigente durante el procesamiento penal o la ejecución de la pena. Esta pérdida de identidad puede tener lugar por una derogación de la ley vigente al momento del hecho o por una modificación de la misma.”<sup>50</sup> (Subrayado agregado).*

137. Con la finalidad de analizar si en el presente caso es aplicable el principio de retroactividad benigna, es necesario exponer el estado de las normas que

<sup>49</sup> García Cavero señala lo siguiente respecto a la determinación de la norma penal más favorable:

*“La determinación de la ley penal más favorable no es una labor que sea siempre de fácil realización. Lo primero que se debe hacer es diferenciar si la modificación legal ha producido una variación del supuesto de hecho o una variación de la consecuencia jurídica. En caso de que el delito sea idéntico y solo cambie la penalidad cualitativa (por ejemplo, la multa frente a la pena privativa de libertad) o cuantitativa (una cantidad de pena menor en su extremo mínimo o máximo). Si la variación tiene lugar en el ámbito del habrá que establecer si se mantiene la identidad del injusto conforme a los parámetros antes explicados. Una vez afirmada la continuidad del injusto, deberá procederse a hacer un comparativo entre las leyes penales que se suceden para determinar cuál de dichas leyes resulta la más favorable al reo.”* (GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General. Ideas Solución Editorial, tercera edición, 2019, p. 231).

<sup>50</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General. Ideas Solución Editorial, tercera edición, 2019, p. 223-224.



regulaban los requisitos para el uso del espectro radioeléctrico en el momento de la comisión de la infracción imputada a AMÉRICA MÓVIL, y los cambios posteriores producidos por la Norma de Arrendamiento de Espectro en cuanto a los requisitos para el uso del espectro radioeléctrico. Dicha evaluación se realizará considerando el orden jerárquico de las normas pertinentes.

**a) Las autorizaciones para el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico antes de la Norma de Arrendamiento de Espectro**

138. El artículo 57° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones indica que la utilización del espectro radioeléctrico, así como su otorgamiento a particulares, se efectuará en las condiciones señaladas en dicha norma y en su reglamento<sup>51</sup>. Además, dicha ley establece que el MTC es la entidad encargada de administrar, asignar frecuencias y controlar el espectro radioeléctrico<sup>52</sup>.
139. De este modo, el TUO de Ley de Telecomunicaciones autoriza que mediante su Reglamento se establezcan los requisitos o condiciones para el uso y otorgamiento del referido espectro. Asimismo, la referida ley faculta al MTC para administrar, asignar frecuencias y controlar el espectro.
140. Para permitir que el MTC vigile adecuadamente el uso espectro radioeléctrico, entre otras facultades, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones otorgó a dicha entidad la función de ejercer las facultades inspectoras y sancionadoras previstas en dicha ley<sup>53</sup>.
141. El TUO de La Ley de Telecomunicaciones establece, de esta manera, una serie de sanciones con la finalidad de proteger la adecuada prestación de los diversos servicios de telecomunicaciones y tutelar el uso eficiente del espectro radioeléctrico.
142. El artículo 86° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones señala que es responsable de la comisión de infracciones administrativas tipificadas en dicha norma, entre otros, quien realiza actividades en contra de lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones, aunque cuente con la respectiva autorización o

<sup>51</sup> **TUO de la Ley de Telecomunicaciones**

*“Artículo 57.- El espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectuará en las condiciones señaladas en la presente Ley y su reglamento.”*

<sup>52</sup> **TUO de la Ley de Telecomunicaciones**

*“Artículo 58.- La administración, asignación de frecuencias y control del espectro radioeléctrico corresponden al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.”*

<sup>53</sup> **TUO de la Ley de Telecomunicaciones**

*“Artículo 75.- Además de las atribuciones señaladas en su propia Ley Orgánica, son funciones del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en materia de telecomunicaciones, las siguientes:*

*(...)*

*13. Ejercer las facultades inspectoras y sancionadoras previstas en la Ley.”*



concesión<sup>54</sup>. De esta manera, se prevé que, incluso, quienes cuenten con la concesión o autorización para prestar servicios de telecomunicaciones pueden incurrir en infracciones administrativas, al transgredir la normativa de telecomunicaciones.

143. En efecto, el artículo 87, inciso 2, del TUO de Ley de Telecomunicaciones señala lo siguiente:

**“TUO de la Ley de Telecomunicaciones**

**Artículo 87.-** Constituyen infracciones muy graves:

(...)

2. La utilización del espectro de frecuencia radioeléctrica sin la correspondiente autorización o concesión o el uso de frecuencias distintas de las autorizadas.”(Subrayada agregado).

144. Como puede apreciarse, el inciso 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones prohíbe la utilización del espectro de frecuencia radioeléctrica sin la correspondiente autorización o concesión, o el uso de frecuencias distintas de las autorizadas. En ese sentido, dicha disposición normativa establece dos infracciones administrativas. Por un lado, es una infracción usar el espectro de frecuencia radioeléctrica sin la concesión o autorización respectiva, y, por otro lado, constituye infracción usar frecuencias diferentes a las autorizadas, aunque el sujeto infractor cuente con la autorización o concesión respectiva.

145. El segundo supuesto mencionado es la infracción que tiene relevancia en el presente caso. Así, según las disposiciones normativas citadas, se observa que el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico sin la autorización correspondiente se encuentra prohibido y, en ese sentido, constituye una infracción administrativa.

146. Para efectos de delimitar las autorizaciones para el uso del espectro radioeléctrico, el TUO de la Ley Telecomunicaciones determinó que a través de su reglamento se establezcan las condiciones o requisitos para la utilización del espectro radioeléctrico, así como su otorgamiento a particulares.

147. El artículo 204° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece que el uso del espectro radioeléctrico requiere de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente. En el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones, la asignación de espectro

<sup>54</sup>

**TUO de la Ley de Telecomunicaciones**

**Sujetos Infractores**

**“Artículo 86.-** Es responsable de la comisión de infracciones administrativas tipificadas en la presente Ley:

1. Quien realiza actividades normadas por la presente Ley careciendo de la respectiva autorización o concesión.
2. Quien realiza actividades en contra de los dispuesto en la presente Ley, aun contando en la respectiva autorización o concesión.
3. El usuario de los servicios de telecomunicaciones por la mala utilización de los servicios, así como por el empleo de los mismos en perjuicio de terceros.”



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 58 de 95

radioeléctrico se realiza a través de una resolución directoral del órgano competente del MTC<sup>55</sup>.

148. Según el artículo 202° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, la asignación del espectro radioeléctrico es un acto administrativo por el cual el Estado concede a un administrado el derecho de uso de una porción de dicho recurso, para la prestación de servicios de telecomunicaciones, en una determinada área geográfica<sup>56</sup>.
149. Cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 203° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, la asignación de espectro radioeléctrico en las bandas identificadas para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, y atribuidas a título primario, se realiza mediante concurso público en la provincia de Lima y Callao<sup>57</sup>.
150. Por consiguiente, para utilizar determinadas frecuencias del espectro radioeléctrico, en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones, se requería lo siguiente: (i) una concesión; y (ii) una resolución directoral que asigne determina frecuencia de espectro radioeléctrico mediante concurso público en la provincia de Lima y Callao.
151. Sin embargo, el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones previó una manera adicional para autorizar a un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones a utilizar determinadas frecuencias o porciones del espectro radioeléctrico.
152. De este modo, el artículo 117° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece que las concesiones y las asignaciones de espectro asociadas a aquellas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del MTC<sup>58</sup>. Dicha aprobación se realiza mediante Resolución Viceministerial.

<sup>55</sup> **TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones**  
**“Artículo 204.- Concurso Público**  
*El uso del espectro radioeléctrico requiere de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente, según sea el caso, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento. Tratándose de servicios públicos de Telecomunicaciones la asignación se hará mediante resolución directoral del órgano competente del Ministerio.”*

<sup>56</sup> **TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones**  
**“Artículo 202.- Definición de asignación de espectro**  
*La asignación es el acto administrativo por el que el Estado otorga a una persona el derecho de uso sobre una determinada porción del espectro radioeléctrico, dentro de una determinada área geográfica, para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de acuerdo con lo establecido en el PNAF.”*

<sup>57</sup> **TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones**  
**“Artículo 203.- Concurso Público**  
*La asignación de espectro radioeléctrico en las bandas identificadas para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y atribuidas a título primario, se realizará mediante concurso público en la provincia de Lima y en la Provincia Constitucional del Calla. Para tal efecto, el Ministerio emitirá los dispositivos correspondientes. Esta disposición no aplica a las asignaciones ya efectuadas en las referidas bandas, durante la vigencia de sus contratos ni para los radioenlaces digitales para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en las bandas atribuidas como tales en el PNAF.”*

<sup>58</sup> **TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones:**



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 59 de 95

153. Como puede apreciarse, la autorización del uso de determinadas frecuencias del espectro radioeléctrico se efectuaba mediante los siguientes mecanismos, en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones:

- (i) Resolución Directoral que asigne determina frecuencia de espectro radioeléctrico mediante concurso público en la provincia de Lima y Callao.
- (ii) Resolución Viceministerial que aprueba la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión.

154. Así, antes de la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro, los únicos actos administrativos mediante los cuales el MTC podía autorizar el uso de ciertas frecuencias del espectro radioeléctrico eran la Resolución Directoral que asigne determinada frecuencia de espectro radioeléctrico o la Resolución Viceministerial que aprueba la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión. Por lo tanto, si un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones utilizaba alguna frecuencia o porción del espectro determinada, sin las autorizaciones referidas, incurría en la infracción administrativa contenida en el segundo supuesto del artículo 87°, inciso 2, del TUO de Ley de Telecomunicaciones.

155. De las premisas desarrolladas, la STCCO extrae las siguientes conclusiones:

- (i) Con anterioridad a la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro, constituía infracción administrativa utilizar frecuencias o porciones del espectro radioeléctrico sin la correspondiente autorización.
- (ii) Dicha infracción se encuentra tipificada en el segundo supuesto del artículo 87°, inciso 2, del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

---

**“Artículo 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones:**

*Las autorizaciones, así como los permisos y licencias de los servicios de telecomunicaciones, son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio. Aprobada la transferencia, el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y obligaciones derivados de la autorización.*

*Las concesiones y las asignaciones de espectro relativas a aquéllas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, la cual será formalizada mediante resolución viceministerial. La adenda respectiva será suscrita en un plazo de sesenta (60) días hábiles, previa presentación del documento que acredite el acuerdo de transferencia. En caso de incumplimiento del plazo antes mencionado por parte del interesado, la aprobación quedará sin efecto de pleno derecho, sin perjuicio de que se expida el acto administrativo correspondiente. Suscrita dicha adenda el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y obligaciones derivados de la concesión. Las solicitudes de transferencia de concesión, así como las solicitudes de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico están sujetas al silencio administrativo negativo.*

*La transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada. Entiéndase por causa justificada a las señaladas en el artículo 113, a toda situación que pudiera atentar contra lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley y aquellas que señale la Ley, el Reglamento u otra disposición legal.*

*El incumplimiento de esta norma produce la resolución de pleno derecho del contrato de concesión o deja sin efecto las autorizaciones, permisos y licencias correspondientes.*

*Asimismo, el presente artículo será aplicable a los casos de reorganización societaria, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, con excepción de la transformación”.*



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 60 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

- (iii) El artículo 87, inciso 2, del TUO de la Ley Telecomunicaciones se tenía que aplicar conjuntamente con el artículo 57° de la referida ley. El artículo 57° establecía que la utilización del espectro radioeléctrico, así como su otorgamiento a particulares, se efectúa en las condiciones señaladas en dicha norma y en su reglamento; por lo que el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones debía consignar los mecanismos que autoricen o asignen determinadas porciones del espectro radioeléctrico a los particulares, para que la infracción contenida en el segundo supuesto del artículo 87, numeral 2, se encuentre adecuadamente tipificada y sea aplicable.
- (iv) El TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones estableció dos mecanismos para utilizar el espectro radioeléctrico: resolución directoral que asigne una determinada porción del espectro o resolución viceministerial que aprueba la transferencia de una concesión y su porción de espectro asignado. No se encontraba previsto, en la normativa de telecomunicaciones, ningún otro instrumento jurídico que permita a una empresa utilizar el espectro radioeléctrico.
- (v) En virtud de ello, la infracción contenida en el segundo supuesto del artículo 87, numeral 2, estuvo plenamente tipificada y era aplicable a los casos de uso del espectro sin las autorizaciones correspondientes.

156. De conformidad con lo expuesto, se aprecia claramente que, con anterioridad a la Norma de Arrendamiento de Espectro, utilizar porciones del espectro radioeléctrico sin la correspondiente autorización constituía una infracción administrativa.

**b) Las autorizaciones para el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico después de la Norma de Arrendamiento de Espectro**

157. La Norma de Arrendamiento de Espectro fue publicada el 28 de mayo de 2019, mediante el Decreto Supremo N° 015-2019-MTC; por lo que al día siguiente de su publicación entró en vigencia<sup>59</sup>.

158. El objeto de la mencionada norma es regular el arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico asignadas para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Para tal fin, dicho reglamento establece el procedimiento, las condiciones y requisitos para el otorgamiento del permiso de arrendamiento.

<sup>59</sup>

Constitución Política

Vigencia y obligatoriedad de la Ley

“Artículo 109°.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo en parte.”



159. Así, el artículo 6°, inciso 5, de la Norma de Arrendamiento de Espectro indica que el titular de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones que cuente con asignación de espectro radioeléctrico puede arrendarlo a otros titulares de los referidos servicios, previo permiso emitido por el despacho Viceministerial de Comunicaciones del MTC<sup>60</sup>.

160. En esa misma línea, el artículo 18° de la Norma de Arrendamiento de Espectro señala que el permiso de arrendamiento, así como la modificación o renovación del contrato de arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico, es otorgado por resolución viceministerial del Despacho de Comunicaciones, donde se establecen las condiciones, obligaciones y compromisos de acuerdo al artículo 14° de la Norma de Arrendamiento de Espectro<sup>61</sup>.

161. De esta manera, la Norma de Arrendamiento de Espectro introdujo una autorización adicional para utilizar el espectro radioeléctrico por parte de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, a partir del 29 de

<sup>60</sup>

**Norma de Arrendamiento de Espectro**

**“Artículo 6.- Condiciones para el arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico**

(...)

6.5 El titular de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones que cuenta con asignación de espectro radioeléctrico, puede arrendarlo a otros titulares de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones, previo permiso emitido por el Despacho Viceministerial de Comunicaciones del MTC.”

<sup>61</sup>

**Norma de Arrendamiento de Espectro**

**“Artículo 14.- Condiciones, obligaciones y compromisos aplicables al permiso de arrendamiento, su modificación o renovación**

14.1. En virtud de la evaluación de la solicitud de permiso, modificación y/o renovación del arrendamiento, la DGPPC determina, bajo criterios sustentados, las condiciones, obligaciones y compromisos que asumen el arrendador y/o el arrendatario, los que pueden consistir en lo siguiente:

- a) Expansión de infraestructura.
- b) Ampliación de la cobertura en zonas que carecen de acceso a servicios públicos de telecomunicaciones.
- c) Mejora en los servicios a prestar según el avance tecnológico.
- d) Brindar, de manera gratuita, conectividad a entidades públicas, tales como hospitales, centros de salud, centros educativos o similares.
- e) Financiamiento de proyectos para el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, tales como, pero no limitadas a telesalud y teleeducación.

Esta lista tiene carácter enunciativo, pudiendo el MTC considerar otros aspectos que tengan principalmente como objetivos reducir la brecha digital y de infraestructura, incrementar el acceso a los servicios públicos de telecomunicaciones, mejorar la prestación de los servicios y/o contribuir al desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación.

(...).”

**“Artículo 18.- Otorgamiento del permiso, modificación y renovación de arrendamiento**

18.1. El permiso de arrendamiento, así como de la modificación o renovación del contrato de arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico es otorgado por resolución viceministerial del Despacho Viceministerial de Comunicaciones, en la cual se establecen las condiciones, obligaciones y compromisos de acuerdo al artículo 14.

18.2. Al momento de la emisión del permiso de arrendamiento, así como de la modificación o renovación del contrato de arrendamiento, el arrendador y el arrendatario no deben tener obligaciones pendientes de pago por derechos, tasas, canon, multas y demás conceptos que le sean exigibles según la normativa sectorial aplicable.”



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 62 de 95

mayo de 2019. Dicha autorización consiste en una resolución viceministerial que otorga el permiso de arrendamiento.

162. Cabe señalar que si bien el numeral 32 de los Lineamientos de Apertura del mercado de Telecomunicaciones contempló inicialmente la posibilidad de que el espectro radioeléctrico sea cedido, arrendado y otorgado en uso previa autorización del MTC; la norma específica de desarrollo, esto es el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, no estableció un marco normativo específico que regule dicha figura legal, generándose un vacío respecto de la utilización e implementación de este mecanismo de aprovechamiento del espectro radioeléctrico<sup>62</sup>. Ello, en tanto el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones sólo había previsto que las autorizaciones previas que permitían utilizar una porción del espectro radioeléctrico, eran resoluciones directorales o viceministeriales, dependiendo si se trataba de una asignación o transferencia.

163. Ahora bien, de acuerdo con el reglamento referido, el permiso de arrendamiento es un acto administrativo por el cual el MTC autoriza a un titular de derecho de uso de espectro radioeléctrico que presta servicios públicos de telecomunicaciones para conceder temporalmente a un arrendatario el derecho de uso, aprovechamiento y/o explotación de una porción del espectro, a cambio de un precio determinado. El reglamento recalca que el arrendador debe tener asignada una porción del espectro radioeléctrico previamente a su arrendamiento<sup>63</sup>, lo cual tiene coherencia con la regulación del uso del espectro anterior: en el caso de los servicios públicos, se requiere una autorización previa para usar una porción del espectro.

164. De conformidad con lo expuesto, desde el 29 de mayo de 2019, existen tres tipos de autorizaciones para el uso del espectro radioeléctrico:

- (i) Resolución Directoral que asigne determina frecuencia de espectro radioeléctrico mediante concurso público en la provincia de Lima y Callao.
- (ii) Resolución Viceministerial que aprueba la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión.

<sup>62</sup> La propia Exposición de Motivos de la Norma de Arrendamiento de Espectro, establece lo siguiente: *"Con la Norma se establece un escenario predecible y con criterios objetivos para el establecimiento de un arrendamiento de una porción de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico, mecanismo que si bien está previsto en la normativa vigente, carece de un marco específico que lo regule"*.

<sup>63</sup> **Norma de Arrendamiento de Espectro**  
**"Artículo 4.- Términos y definiciones**  
 Para efectos de la presente norma se entiende por:  
 (...)

o) *Permiso de arrendamiento: Acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones autoriza a un titular de derecho de uso de espectro radioeléctrico para servicios públicos de telecomunicaciones a conceder temporalmente al arrendatario el derecho de uso, aprovechamiento y/o explotación de una porción de banda de frecuencias que tiene previamente asignada a un precio determinado, estableciendo las condiciones, obligaciones y compromisos adicionales aplicables a dicho acto administrativo.* (Énfasis agregado).



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 63 de 95

(iii) Resolución Viceministerial que otorga el permiso arrendamiento para el uso de espectro radioeléctrico.

165. Además, la Norma de Arrendamiento de Espectro incorporó diversas normas al TULO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. En particular, la Norma de Arrendamiento de Espectro incorporó los numerales 18 y 22 al artículo 258° del TULO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. Dichos numerales señalan lo siguiente:

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

**Artículo 258.- Infracciones muy graves**

Constituyen infracciones muy graves, además de las tipificadas en el artículo 87 de la Ley, las siguientes:

(...)

**18.** El establecimiento de una relación de comercialización de servicios y/o tráfico que involucra la utilización, como medio de transmisión de alguna porción de espectro radioeléctrico sobre la cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso; lo cual incluye la compartición, cesión o cualquier otra modalidad que permita dicha utilización por parte del comercializador, sin la obtención previa y expresa del permiso de arrendamiento del MTC.

(...)

**22.** La no adecuación de los acuerdos o contratos de comercialización de servicios y/o tráfico o el acto que surte efectos similares, en el plazo y términos previstos en la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Norma que Regula el Arrendamiento de Bandas de Frecuencias de Espectro Radioeléctrico para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.”

166. Por último, como se refirió en secciones anteriores, la Norma de Arrendamiento de Espectro contiene una disposición complementaria transitoria relevante, la cual señala lo siguiente:

**“TUO del Reglamento de Arrendamiento de Espectro**

**DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA**

**Única.- Adecuación de acuerdos o contratos de comercialización de tráfico y/o servicios**

En un plazo máximo de seis (6) meses, contado desde el día siguiente de publicación de la presente norma en el Diario Oficial El Peruano, los acuerdos o contratos de comercialización de servicios y/o tráfico o el acto que surte efectos similares que permitan a los comercializadores de servicios y/o tráfico el uso, como medio de transmisión, de alguna porción de espectro radioeléctrico sobre la cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso; lo cual incluye la compartición, cesión o cualquier otra modalidad que permita dicha utilización por parte del comercializador, deben adecuarse a las disposiciones contenidas en la presente norma.

El incumplimiento de lo dispuesto en la presente disposición complementaria transitoria está sujeta a la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes.”

167. Definido el contexto normativo de uso del espectro radioeléctrico en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, es pertinente exponer las consideraciones realizadas por el MTC en el procedimiento tramitado contra AMÉRICA MÓVIL bajo Expediente Nº 2018-667.



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 64 de 95

**c) Consideraciones de la STCCO sobre la interpretación del MTC respecto de la aplicación del principio de retroactividad y la Norma de Arrendamiento de Espectro**

168. Es preciso indicar que la STCCO no comparte el razonamiento desarrollado por el MTC, a través del cual justifica la aplicación del principio de retroactividad favorable en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra AMÉRICA MÓVIL bajo Expediente N° 2018-0667, para eximirla de responsabilidad administrativa por la infracción prevista en la segunda parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
169. En este sentido, en este apartado, la STCCO no cuestiona la decisión del MTC de archivar el procedimiento administrativo sancionador tramitado contra AMÉRICA MÓVIL, en tanto dicha entidad es competente para determinar las infracciones al TUO de la Ley de Telecomunicaciones y a su Reglamento.
170. Sin embargo, los argumentos expuestos por el MTC deben ser analizados por la STCCO, debido a que corresponden a una interpretación del numeral 5 del artículo 248° del TUO de la LPAG, de la Norma de Arrendamiento de Espectro y de las disposiciones incorporadas al TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, que vienen siendo evaluadas en el marco de la presente controversia.
171. Sobre el particular, el segundo párrafo del inciso 5 del artículo 248° del TUO de la LPAG indica que las nuevas normas que consignan infracciones administrativas producen efecto retroactivo cuando favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigencia la nueva disposición normativa.
172. De acuerdo a lo expresado por la doctrina y jurisprudencia citada en el acápite precedente, el principio de retroactividad benigna o favorable se fundamenta en la disminución de la valoración negativa de un determinado comportamiento en una sociedad, puesto que si ciertos hechos han dejado de ser desvalorados por el legislador o se les desvalora en menor medida, no es deseable que los ciudadanos soporten las sanciones de normas que no son consideradas adecuadas en un determinado contexto social.
173. Las infracciones administrativas expresan, pues, los valores que una sociedad decide proteger en cada momento histórico. Así, el transcurrir del tiempo determina que las condiciones sociales cambien y las normas jurídicas sean sustituidas, en concordancia con esos cambios, por normas más adecuadas.
174. Por tal motivo, el principio de retroactividad favorable está relacionado a una exigencia de coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, debido a que no tiene sentido imponer sanciones por hechos que ya no se consideran infracciones o cuando la gravedad de aquellas se estima desproporcionada por el legislador.



175. En el presente caso, esta STCCO no aprecia que la valoración del comportamiento de AMÉRICA MÓVIL haya cambiado con la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro. Por el contrario, dicho reglamento reafirma que el uso del espectro sin las autorizaciones correspondientes corresponde una infracción muy grave. No puede de ser de otra manera, puesto que la Norma de Arrendamiento de Espectro, como cualquier otro reglamento, debe desarrollar los preceptos de la ley, y no contrariarlos.

176. No debe generar confusiones la incorporación del numeral 18 incorporado al artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, sobre la comisión de la infracción imputada AMÉRICA MÓVIL, consistente en el uso no autorizado del espectro radioeléctrico. Como se refirió, dicho numeral señala lo siguiente:

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

**Artículo 258.- Infracciones muy graves**

*Constituyen infracciones muy graves, además de las tipificadas en el artículo 87 de la Ley, las siguientes:*

*(...)*

**18.** *El establecimiento de una relación de comercialización de servicios y/o tráfico que involucra la utilización, como medio de transmisión de alguna porción de espectro radioeléctrico sobre la cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso; lo cual incluye la compartición, cesión o cualquier otra modalidad que permita dicha utilización por parte del comercializador, sin la obtención previa y expresa del permiso de arrendamiento del MTC.*

177. En el presente expediente, AMÉRICA MÓVIL ha señalado que la discusión tiene como base la existencia de contratos de comercialización de espectro radioeléctrico en la banda 2.6 GHz, suscritos con sus empresas vinculadas, y si dichos contratos son suficientes para que los servicios que brinda AMÉRICA MÓVIL a sus usuarios finales incluyan tráfico que se genera en la banda mencionada.

178. Asimismo, AMÉRICA MÓVIL ha indicado que los referidos acuerdos de comercialización fueron suscritos de conformidad con el marco legal vigente, y fueron puestos en conocimiento del MTC y del OSIPTEL. En esa línea, AMÉRICA MÓVIL sostiene que la legalidad de los acuerdos para que las empresas puedan prestar servicios de telecomunicaciones a sus usuarios finales, a través de frecuencias de espectro radioeléctrico asignadas a terceros, habría sido ratificada mediante la Norma de Arrendamiento de Espectro.

179. Así, según AMÉRICA MÓVIL, antes no existía una prohibición para desarrollar esquemas comerciales como el implementado por AMÉRICA MÓVIL con sus empresas vinculadas a través de los contratos de comercialización. Incluso, al estar al escrutinio de las autoridades, era razonable suponer que constituían títulos habilitantes válidos y suficientes para establecer sus relaciones comerciales.

180. A través de los argumentos referidos, AMÉRICA MÓVIL refiere que los acuerdos de comercialización la habrían autorizado para que utilice la banda 2.6 del espectro radioeléctrico, asignada a sus empresas vinculadas. Ello debido,



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019 Página 66 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

entre otras razones, a que antes de la Norma de Arrendamiento de Espectro no se encontraba prohibido que se establezcan relaciones comerciales de servicios y/o tráfico que involucren la utilización, como medio de transmisión, de alguna porción del espectro radioeléctrico asignado a un concesionario. Sin embargo, dicha situación es completamente incorrecta.

181. Como se refirió en la sección anterior y en la presente, con anterioridad a la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro, constituía una infracción muy grave usar frecuencias del espectro radioeléctrico diferentes a las autorizadas, en virtud del segundo supuesto contenido en el numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
182. La única autoridad que puede autorizar el uso de determinadas porciones del espectro radioeléctrico es el MTC, por lo que ningún concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones podía (y puede) autorizar a otro concesionario para utilizar determinadas porciones del espectro radioeléctrico, mediante un acuerdo de comercialización, por ejemplo.
183. En el momento de la suscripción de los acuerdos de comercialización por AMÉRICA MÓVIL y sus empresas vinculadas, el artículo 138° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señalaba lo siguiente, respecto a los contratos de comercialización o reventa:

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

**Artículo 139.- Comercialización o reventa**

*1. Se entiende por comercialización o reventa a la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compre tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros a un precio al por menor. Los revendedores o comercializadores deberán registrarse en el Registro de Comercializadores, salvo las excepciones que establezca el MTC. El organismo regulador no establecerá niveles de descuento obligatorios. Sin perjuicio de lo anterior OSIPTEL determinará que los descuentos sean ofrecidos de manera no discriminatoria y que sean publicados. **Los revendedores o comercializadores no tendrán los derechos ni las obligaciones que la normatividad vigente otorga a los concesionarios ni a los abonados, con excepción de aquellos derechos que se confieren al comercializador descrito en el párrafo siguiente.** (Énfasis agregado).*

(...)<sup>64</sup>

184. Como puede apreciarse, un contrato de comercialización o reventa consiste en que una persona natural o jurídica compre tráfico y/o servicios al por mayor, a fin de ofertarlos a terceros a un precio al por menor. Claramente, se consignó en el referido artículo que los revendedores o comercializadores no tienen los derechos que la normativa otorga los concesionarios, con excepción de aquellos derechos que se confieren al comercializador.

<sup>64</sup> El artículo referido fue modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 033-2019-MTC, publicado el 08 de diciembre de 2019. El concepto de comercialización o reventa se entiende como la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compre tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros a un precio al por menor.



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 67 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

185. En tal sentido, los acuerdos de comercialización no constituían (ni constituyen) instrumentos que autoricen a un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones para utilizar determinadas porciones del espectro. Por el contrario, los únicos instrumentos previstos en la normativa de desarrollo, el TUO del Reglamento de la que permitían utilizar el espectro por dichos concesionarios, antes de la Norma de Arrendamiento de Espectro, eran la Resolución Directoral que asigne determinada frecuencia de espectro radioeléctrico o la Resolución Viceministerial que apruebe la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión<sup>65</sup>.
186. Al respecto, AMÉRICA MÓVIL tenía conocimiento pleno de la prohibición referida y de los mecanismos de autorización de uso del espectro radioeléctrico. En efecto, una vez realizada la adquisición del 100% de las acciones de OLO y TVS Wireless, AMÉRICA MÓVIL solicitó la transferencia de las concesiones y su espectro asociado de las referidas empresas. Sin embargo, el Viceministerio de Comunicaciones denegó la solicitud de transferencia solicitada. Esta situación implica, además, que AMÉRICA MÓVIL suscribió los contratos de comercialización con sus empresas vinculadas, para aparentar que dichas empresas le revendían tráfico; sin embargo, AMÉRICA MÓVIL en realidad utilizó directamente el espectro que había sido asignado a Olo y TVS, sin la autorización correspondiente.
187. Por consiguiente, antes de la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro, era claramente apreciable que se encontraba prohibido establecer relaciones de comercialización de servicios y /o tráfico que involucre utilizar, como medio de transmisión, alguna porción de espectro radioeléctrico asignado a otro concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones, sin contar con autorización previa del MTC. Dicha conducta se subsumía en el segundo supuesto del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, como fue corroborado por el MTC en el expediente 2018-667.
188. En ese sentido, para identificar si, a través del Decreto Supremo N° 015-2019-MTC, se incorporó una infracción con elementos más favorables que la infracción regulada en el segundo supuesto del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones que implique un cambio de valoración de dicho ilícito administrativo, corresponde comparar dicha norma con el nuevo numeral 18 del artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.
189. Como se esbozó en el marco conceptual del principio de retroactividad favorable, para determinar la norma jurídica más favorable, se requiere realizar

<sup>65</sup> Como se refirió, dichas autorizaciones se encontraban previstas en los artículos 204 y el artículo 117 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. El artículo 204 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones precisó que la asignación de determinada porción del espectro radioeléctrico a un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones se realiza mediante resolución directoral, mediante concurso público en las provincias de Lima y Callao. Por su parte, el artículo 117 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señala que las porciones de espectro asociadas a concesiones pueden ser transferidas con la aprobación previa y expresa del MTC, mediante resolución viceministerial.



	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019 Página 68 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

una comparación de las dos situaciones surgidas posterior a la reforma de la norma que consigna la infracción administrativa. De esta manera, debe compararse la aplicación al caso de la situación vigente en el momento de la comisión del ilícito con el estado de las cosas que resulta de la reforma normativa.

190. En ese orden de ideas, es necesario determinar si la conducta considerada ilícita ha sufrido variaciones que provoca un cambio de la valoración social de la infracción administrativa, con la finalidad de aplicar el principio de retroactividad favorable. Ello debido a que la aplicación del principio de retroactividad implica, asimismo, un conflicto de leyes en el tiempo, se presenta una nueva norma que modifica o deroga una norma anterior. En esa misma línea, en materia penal, García Caveró señala que *“los conflictos temporales aparecen, más bien, cuando la ley penal vigente al momento del hecho no regula el delito o la pena de la misma manera que la ley vigente durante el procesamiento penal o la ejecución de la pena.”*
191. Al respecto, el nuevo numeral 18 incorporado al artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, mediante el Decreto Supremo N° 015-2019-MTC, regula la misma conducta imputada AMÉRICA MÓVIL por el MTC, la cual fue tramitada bajo Expediente N° 2018-667. El numeral 18 tipifica un supuesto de uso de frecuencias distintas de las autorizadas, conducta que, como se señaló, ya se encontraba regulada en el numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
192. Esta afirmación, a la vez, nos lleva a la conclusión sobre la aplicación del principio de retroactividad favorable referida: no se aprecia que la valoración social del comportamiento de AMÉRICA MÓVIL haya cambiado con la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro. Por el contrario, el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico sin la autorización previa del MTC sigue siendo una infracción muy grave a la normativa de telecomunicaciones. De ahí se puede concluir que la valoración de la conducta imputada a AMÉRICA MÓVIL por el MTC no tiene una nueva valoración positiva. Dicha comparación puede apreciarse a continuación:

<b>Conducta de AMÉRICA MÓVIL</b>	<b>Infracción cometida antes de la publicación del Decreto Supremo N° 015-2019-MTC</b>	<b>Infracción que se cometería después de la publicación del Decreto Supremo N° 015-2019- MTC</b>
--------------------------------------	--	---



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 69 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

<p>Haber utilizado la banda de frecuencia 2.6 del espectro radioeléctrico sin la autorización previa del MTC.</p> <p>Para aparentar que el uso era autorizado, suscribió un contrato de comercialización con sus empresas vinculadas.</p>	Segundo supuesto del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.	Numeral 18 del artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.
---	--	--

193. En conclusión, la conducta imputada a AMÉRICA MÓVIL por el MTC, en el Expediente N° 2018-667, constituía una infracción muy grave antes y después de la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro; por lo que, en sentido estricto, no era aplicable el principio de retroactividad favorable a favor de AMÉRICA MÓVIL, en atención a que la valoración social negativa de la conducta no ha variado o cambiado.

194. Habiendo señalado lo anterior, resulta necesario que esta STCCO evalúe la otra disposición normativa consignada en la Norma de Arrendamiento de Espectro: la Disposición Única Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro.

**d) La Disposición Única Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro**

195. La Disposición Única Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro contiene el siguiente supuesto de hecho:

**“Norma de Arrendamiento de Espectro  
DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA  
Única.- Adecuación de acuerdos o contratos de comercialización de tráfico y/o servicios**  
*En un plazo máximo de seis (6) meses, contado desde el día siguiente de publicación de la presente norma en el Diario Oficial El Peruano, los acuerdos o contratos de comercialización de servicios y/o tráfico o el acto que surte efectos similares que permitan a los comercializadores de servicios y/o tráfico el uso, como medio de transmisión, de alguna porción de espectro radioeléctrico sobre la cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso; lo cual incluye la compartición, cesión o cualquier otra modalidad que permita dicha utilización por parte del comercializador, deben adecuarse a las disposiciones contenidas en la presente norma.  
El incumplimiento de lo dispuesto en la presente disposición complementaria transitoria está sujeta a la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes.”*



196. La disposición normativa citada señala que los acuerdos de comercialización, reventa de servicios o tráfico que utilicen, como medio de transmisión, alguna porción de espectro radioeléctrico, sobre el cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso, deben adecuarse a las disposiciones contenidas en la Norma de Arrendamiento de Espectro, en el plazo de seis (6) meses, contado desde el día de siguiente de la publicación de dicho reglamento en el Diario Oficial el Peruano.
197. En el segundo párrafo de dicha disposición, se indica que el incumplimiento de la adecuación mencionada está sujeta a la aplicación de las sanciones correspondientes.
198. Al respecto, el numeral 22 incorporado al artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señala lo siguiente, respecto al incumplimiento del plazo de adecuación establecido en la anterior disposición:

***“Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones***

***Artículo 258.- Infracciones muy graves***

*Constituyen infracciones muy graves, además de las tipificadas en el artículo 87 de la Ley, las siguientes:*

*(...)*

***22. La no adecuación de los acuerdos o contratos de comercialización de servicios y/o tráfico o el acto que surte efectos similares, en el plazo y términos previstos en la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Norma que Regula el Arrendamiento de Bandas de Frecuencias de Espectro Radioeléctrico para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.”***

199. De acuerdo al numeral referido, constituye una infracción muy grave, además de las tipificadas en el artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, no adecuar los contratos de comercialización de servicios y/o tráfico, en el plazo y las condiciones previstas en la Única Disposición Complementaria de la Norma de Arrendamiento de Espectro.
200. En ese sentido, se aprecia claramente que la suscripción de acuerdos de comercialización que impliquen el uso del espectro como medio de transmisión sin la previa autorización del MTC, son valorados negativamente por el legislador. Ello guarda concordancia con lo establecido en el numeral 22 del artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, que tipifica como infracción muy grave la no adecuación de los contratos de comercialización a la nueva normativa de arrendamiento de espectro, en particular para aquellas empresas que, como AMÉRICA MÓVIL, suscribieron contratos de comercialización mediante los cuales utilizaban una porción del espectro radioeléctrico sin la autorización previa del MTC.
201. De acuerdo a lo previamente expuesto, la norma de arrendamiento de espectro consigna un plazo de adecuación de los contratos comercialización o reventa de servicios o tráfico mediante los cuales se utilice el espectro radioeléctrico, para que las partes de los referidos contratos obtengan el permiso de arrendamiento



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 71 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

de espectro radioeléctrico mediante la correspondiente resolución viceministerial.

202. De este modo, la naturaleza o característica esencial de la Disposición Única Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro es eximir de la responsabilidad administrativa en un periodo excepcional de seis (6) meses, siempre que se cumplan con las condiciones para el otorgamiento del permiso de arrendamiento.
203. Transcurridos los seis (6) meses estipulados en la disposición referida, este supuesto de uso no autorizado del espectro radioeléctrico continuará siendo una infracción muy grave, como antes de la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro. En atención a ello, a criterio de esta STCCO, en sentido estricto, el Principio de retroactividad benigna no es aplicable al presente caso, aunque la introducción de la cláusula de adecuación de los contratos de comercialización referidos, acaba teniendo un efecto similar al del principio en cuestión, esto es, eximir de responsabilidad administrativa a AMÉRICA MÓVIL.
204. No obstante lo previamente expuesto, no compete a este órgano cuestionar la legalidad de la introducción de dicha cláusula de adecuación, en tanto existen vías legales correspondientes para tal propósito.

#### **IX.4. Análisis de la Disposición Única Transitoria del Reglamento de Arrendamiento de Espectro**

##### **a) Respecto a la imputación por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas**

205. Los numerales 1 y 2 del artículo 14° de la LRCD establecen lo siguiente respecto a los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas:

**“LRCD**

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

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

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

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



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 72 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

*competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente. (...)*”.

206. Como puede apreciarse, el numeral 1 del artículo 14° de la LRCD indica que los actos de violación de normas consisten en comportamientos 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. Para determinar la existencia de dicha infracción, la autoridad debe evaluar la mejor posición competitiva obtenida a través de la infracción de las normas imperativas.
207. Según la doctrina, el supuesto de violación de normas ocurre cuando una *“infracción [a una norma imperativa] 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”*<sup>66</sup>.
208. En ese sentido, la SDC del INDECOPI ha referido que dicha infracción *“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”*<sup>67</sup>.
209. De acuerdo con el marco normativo desarrollado en el presente Informe Instructivo, a criterio de la STCCO, el análisis del tipo infractor contenido en el numeral 1 del artículo 14° de la LRCD comprende lo siguiente: (i) la existencia de una conducta consistente en la infracción de una norma imperativa de un ordenamiento jurídico sectorial, y (ii) la existencia de un efecto real o potencial que radica en la consecución de una ventaja competitiva significativa como resultado de la infracción.
210. En cuanto al primer elemento de análisis del tipo infractor, la evaluación de la norma imperativa infringida, el numeral 2 del artículo 14° de la LRCD establece dos modalidades para acreditar la comisión de la infracción a una norma sectorial de carácter imperativo, como es el caso del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
211. La primera modalidad consiste en probar la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine la infracción a la norma imperativa sectorial, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de la decisión referida.
212. Por otro lado, la segunda modalidad ocurre cuando un agente económico, obligado a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren

<sup>66</sup> Kresalja Rosselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitirsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.

<sup>67</sup> 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.



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 73 de 95

obligatoriamente para desarrollar una actividad empresarial concreta, no acredite documentalmente su tenencia. Si es necesario, la autoridad puede requerir un informe para evaluar la existencia de la autorización correspondiente.

213. En el presente apartado, se evaluará las normas imperativas sectoriales que fueron transgredidas por AMÉRICA MÓVIL de acuerdo a lo expresado en la imputación de cargos y los efectos de la Disposición Única Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro sobre la conducta imputada, la cual entró en vigencia durante el trámite del presente procedimiento.
214. Desde la perspectiva de su vocación normativa, las normas jurídicas se clasifican en imperativas y supletorias. La norma imperativa es aquella que debe cumplirse obligatoriamente por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria<sup>68</sup>. Por lo cual, las normas imperativas no admiten pacto en contrario<sup>69</sup>.
215. Como se refirió, antes de la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro, las normas que establecieron la obligatoriedad de contar con una autorización previa para utilizar el espectro radioeléctrico fueron el artículo 204° y el artículo 117° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.
216. El artículo 204° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones precisó que, además de la respectiva concesión en el caso de servicios públicos de telecomunicaciones, la asignación de determinada porción del espectro radioeléctrico a un concesionario se realiza mediante resolución directoral. Dicha asignación se efectúa por concurso público en las provincias de Lima y Callao.
217. Por su parte, el artículo 117° del TUO del Reglamento señala que las porciones de espectro asociadas a concesiones pueden ser transferidas con la aprobación previa y expresa del MTC. Dicha aprobación se formaliza mediante resolución viceministerial.

<sup>68</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Décima Edición, Lima, 2009, p. 99.

<sup>69</sup> Al respecto, diversos autores relacionan el concepto de orden público con las normas imperativas, pues el orden público, precisamente, está constituido por un conjunto de normas jurídicas de carácter imperativo. Así, por ejemplo, Landa Arroyo señala que “*El orden público es aquel mínimo indispensable establecido por el Estado para la convivencia pacífica y armónica de la sociedad, en atención a los fines señalados por nuestra Constitución Política y los mandatos que de ella se deriven. En atención a que tal mínimo indispensable se establece mediante normas, las cuales son aprobadas por el Parlamento, estas resultan imperativas; es decir, no admiten pacto en contrario. Son producto de la voluntad democrática y en ella se sustentan (o deberían hacerlo).*” (LANDA ARROYO, Cesar. *La constitucionalización del derecho civil: El Derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y límites*. Themis, 2014 66, pp. 316-317). Por su parte, Rubio indica que “*(...), el orden público podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no pueden escapar ni la conducta del órganos del Estado ni la de los particulares. Para ello, el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario.*” (RUBIO CORREA, Marcial. *El título preliminar del Código Civil*. Fondo Editorial PUCP, novena edición, Lima, 2008 p. 94).



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 74 de 95

218. Así, la autorización previa del uso de determinadas frecuencias del espectro radioeléctrico se efectuaba mediante los siguientes mecanismos, en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones: (i) Resolución Directoral que asigne determina frecuencia de espectro radioeléctrico mediante concurso público en la provincia de Lima y Callao; y, (ii) Resolución Viceministerial que aprueba la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión.
219. De la revisión de los artículos citados, se aprecia que las condiciones que establecen son de carácter imperativo, es decir, de obligatorio cumplimiento. En efecto, las condiciones establecidas en los artículos referidos señalan que la asignación de espectro o la transferencia de espectro deben realizarse mediante una decisión previa y expresa del MTC.
220. Cabe señalar que a diferencia de la imputación formulada por el MTC en los procedimientos sancionadores seguidos contra AMÉRICA MÓVIL, la imputación en el presente caso fue amplia, esto es, se le investigaba a dicha empresa por no contar con ninguna de las autorizaciones previstas en los artículos 204° y 117°, esto es resolución directoral o viceministerial, que le permitan utilizar en específico la banda 2.6 del espectro radioeléctrico. Por tanto, correspondía que, a lo largo del presente procedimiento, AMÉRICA MÓVIL acreditase la tenencia de cualquier de estos dos títulos habilitantes que le permitiesen utilizar la banda 2.6 del espectro radioeléctrico, lo cual no pudo ser realizado por AMÉRICA MÓVIL durante el trámite del presente procedimiento.
221. Sin embargo, desde el 9 de mayo de 2019, la Norma de Arrendamiento de Espectro agregó una autorización adicional para utilizar el espectro radioeléctrico por parte de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones. Así, el artículo 6°, inciso 5, de la Norma de Arrendamiento de Espectro indica que el titular de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones que cuente con asignación de espectro radioeléctrico puede arrendarlo a otros titulares de los referidos servicios, previo permiso emitido por el despacho Viceministerial de Comunicaciones del MTC<sup>70</sup>.
222. En esa misma línea, el artículo 18° de la Norma de Arrendamiento de Espectro señala que el permiso de arrendamiento, así como la modificación o renovación del contrato de arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico, es otorgado por resolución viceministerial del Despacho de Comunicaciones, donde se establecen las condiciones, obligaciones y compromisos de acuerdo al artículo 14° de la Norma de Arrendamiento de Espectro.

<sup>70</sup>

**Norma de Arrendamiento de Espectro**

**“Artículo 6.- Condiciones para el arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico**

(...)

6.5 El titular de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones que cuenta con asignación de espectro radioeléctrico, puede arrendarlo a otros titulares de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones, previo permiso emitido por el Despacho Viceministerial de Comunicaciones del MTC.”



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 75 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

223. En virtud de ello, en la actualidad, existen tres mecanismos que autorizan el uso de determinadas porciones del espectro radioeléctrico, en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones:

(iv) Resolución Directoral que asigne determina frecuencia de espectro radioeléctrico mediante concurso público en la provincia de Lima y Callao.

(v) Resolución Viceministerial que aprueba la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión.

(vi) Resolución Viceministerial que otorga el permiso arrendamiento para el uso de espectro radioeléctrico.

224. Además, la Única Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de Arrendamiento de Espectro estableció que los acuerdos de comercialización de servicios o tráfico que utilicen, como medio de transmisión, alguna porción de espectro radioeléctrico, sobre el cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso, deben adecuarse a las disposiciones contenidas en la Norma de Arrendamiento de Espectro, en el plazo de seis (6) meses, contado desde el día de siguiente de la publicación de dicho reglamento en el Diario Oficial el Peruano.

225. Dicha disposición consigna un plazo de adecuación de los contratos comercialización de servicios o tráfico mediante los cuales se utilice el espectro radioeléctrico, para que las partes de los referidos contratos obtengan el permiso de arrendamiento de espectro radioeléctrico mediante la correspondiente resolución viceministerial.

226. Como se refirió, el contenido principal de la Disposición Única Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro es eximir de responsabilidad administrativa a los que hayan suscrito contratos de comercialización que permitan el uso de una porción del espectro radioeléctrico asignada a un concesionario. Para acceder a este beneficio, las partes de los contratos referidos deben conseguir el permiso de arrendamiento dentro del plazo fijado en la norma, a través de una resolución viceministerial, que autorice el uso de determinada porción de espectro radioeléctrico asignada a un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones.

227. La situación anterior permite que los contratos de comercialización cambien o se ajusten a los contratos de arrendamientos previstos en la Norma de Arrendamiento de Espectro, y, de esta manera, se conviertan en acuerdos lícitos, siempre que cumplan con los requisitos previstos en el referido reglamento, en un plazo excepcional de seis (6) meses, contados a partir del 29 de mayo de 2019.

228. De este modo, si AMÉRICA MÓVIL cumple con la adecuación referida, quedará eximida su responsabilidad administrativa por el uso no autorizado de la banda



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 76 de 95

2.6 del espectro radioeléctrico, y, además, contará con una Resolución Viceministerial que otorga el permiso arrendamiento para el uso de espectro radioeléctrico, cumpliendo con los artículos 6° y 18° de la Norma de Arrendamiento de Espectro.

229. En consecuencia, por aplicación de la Disposición Única Transitoria de la Norma de Arrendamiento, AMÉRICA MÓVIL se encuentra en plazo para obtener el permiso de arrendamiento y adecuar su contrato de comercialización al régimen de arrendamiento previsto en la normativa, por lo cual, la STCCO considera que dicha empresa ha quedado – hasta que se cumpla el plazo de adecuación – librada o eximida de responsabilidad administrativa por la infracción prevista en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
230. En este sentido, si bien compete al MTC sancionar por la infracción descrita en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, norma que tipifica como infracción el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 117° y 204° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, la infracción por violación de normas investigada en el presente caso presupone el incumplimiento de las obligaciones sectoriales previamente descritas.
231. En este sentido, la imputación de cargos, según la cual AMÉRICA MÓVIL concurre en el mercado infringiendo normas imperativas sectoriales está relacionada con la Disposición Única Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro. Dicha disposición permite que AMÉRICA MÓVIL se adecue a nuevas normas imperativas, eximiendo, con ello, las consecuencias de la infracción a las normas imperativas contenidas en los artículos 204° y 117° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.
232. Finalmente, cabe señalar que aunque se ha expuesto que AMÉRICA MÓVIL concurre en el mercado utilizando porciones de espectro para las cuales no contaba con autorización previa del MTC, la STCCO no es la autoridad competente para evaluar la validez o legalidad de la Disposición Única Transitoria del Reglamento de Arrendamiento de Espectro, pues ésta debe realizarse por las vías que correspondan.

**b) Respecto a la imputación por actos de competencia desleal contrarios a la cláusula general**

233. El artículo 6° de la LRCD recoge la denominada cláusula general prohibitiva de competencia desleal, según la cual, serán calificados como prohibidos y sancionables todos aquellos actos desarrollados por un agente económico que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe empresarial, independientemente de la forma que adopten o el medio que permita su realización. Así, los actos de competencia desleal prohibidos por la cláusula general se encuentran destinados a captar la preferencia de los consumidores y mejorar el posicionamiento de un agente económico en el mercado por medios distintos a la eficiencia económica.



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 77 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

234. Cabe señalar que en un anterior pronunciamiento, los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL han evaluado la responsabilidad administrativa de un operador de telecomunicaciones por infracciones contrarias a la cláusula general de competencia desleal como un supuesto de abuso del derecho o fraude a la ley sectorial ante un vacío en la regulación, lo cual conllevaba a que éste genere una aparente ventaja competitiva ilícita en el mercado afectado<sup>71</sup>.
235. En esta misma línea, la SDC del INDECOPI ha evaluado y sancionado conductas contrarias a la cláusula general de competencia desleal, en tanto el sujeto investigado había vulnerado mandatos o disposiciones establecidas en el ordenamiento legal, concurriendo indebidamente en el mercado y evitándose indebidamente las inversiones y obteniendo una ventaja competitiva ilícita a partir de un ahorro de costos ilegal que provocaba su conducta<sup>72</sup>.
236. En este sentido, la imputación formulada contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta infracción al artículo 6° de la LRCD, no se agotaba en la falta de título o acto administrativo que habilite la asignación o transferencia del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 (Resolución Directoral o Viceministerial del MTC), siendo lo relevante para este extremo de la imputación formulada, determinar la licitud de los medios empleados en la competencia por la búsqueda y la conservación de los usuarios, los cuales son evaluados a la luz de los parámetros de la buena fe objetiva, contemplados en el artículo 6° de la LRCD.
237. En efecto, en ésta etapa del procedimiento se dilucidará si, AMÉRICA MÓVIL estaría valiéndose de sus empresas vinculadas TVS y Olo, concesionarias y titulares de porciones del espectro en la Banda 2.6, utilizando dicha situación para obtener un beneficio ilícito producto de la vulneración de las directrices de la buena fe empresarial que contiene el TUO de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, normas que establecían – al menos hasta antes de la vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro - que la asignación de espectro radioeléctrico es a título personal e intransferible, salvo autorización expresa del MTC.
238. A efectos de acreditar que la conducta desplegada por AMÉRICA MÓVIL a través de sus empresas vinculadas ha sido contraria a la cláusula general, debe apreciarse si ha existido o no vulneración al deber general de conducta que

<sup>71</sup> En el caso en concreto, se evaluó la responsabilidad del agente investigado al considerar que había contravenido las exigencias de buena fe empresarial en el mercado de servicios públicos móviles al participar en dicho mercado vulnerando la normativa sectorial de telecomunicaciones – en particular la Ley N° 30083 que establecía una prohibición para los operadores móviles con red de tener vinculación legal o económica con un operador móvil virtual que acceda a su red – captando así la preferencia de los consumidores y obteniendo una ventaja competitiva ilícita, por ejemplo, al no asumir aquellos costos propios para operar en el mercado. Para mayores alcances revisar la Resolución N° 009-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 17 de noviembre de 2015, recaída bajo Expediente N° 006-2014-CCO-ST/CD.

<sup>72</sup> En el caso en concreto, se analizó la conducta consistente en comercializar bienes para los cuales se necesitaba obtener una licencia de uso sin que medie la autorización del titular, lo cual fue considerado como un acto contrario a la buena fe empresarial, pues el agente participaba en el mercado sin asumir los costos que otros agentes en el mercado incurren para comercializar dichos bienes. Para mayores alcances revisar la Resolución N° 009-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 17 de noviembre de 2015, recaída bajo Expediente N° 006-2014-CCO-ST/CD.



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 78 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

representa el desenvolverse conforme a la eficiencia económica y a las normas de corrección que deben orientar la pugna competitiva en el mercado de servicios móviles, y si se ha producido o no una ventaja competitiva ilícita<sup>73</sup> en perjuicio de sus competidores, a través de la realización de mecanismos que distorsionan u obstruyen el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

239. En el caso en concreto, se advierte que AMÉRICA MÓVIL ha demostrado tener un especial interés en el uso de la Banda 2.6, por las eficiencias de este recurso, lo que habría conllevado a la adquisición de operadores que se encuentran habilitados por el MTC para utilizar dicha banda, suscribiendo posteriormente un acuerdo de comercialización con la finalidad de validar el uso de dicho espectro omitiendo así el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, que exigen la obtención de una autorización expedida por el órgano rector para utilizar dicho recurso y solicitando posteriormente, la transferencia de las concesiones - y, consecuentemente la transferencia de las habilitaciones para el uso del espectro radioeléctrico asociado a ellas -.
240. Sin embargo, de acuerdo a la imputación de cargos formulada por la STCCO al inicio del presente procedimiento, la ilicitud del medio empleado por AMÉRICA MÓVIL en su concurrencia en el mercado por búsqueda y conservación de usuarios, se encontraba materializado a través de la utilización de la figura de un “acuerdo de comercialización” suscrito con sus empresas vinculadas con el objeto de crear la apariencia de un uso regular o autorizado del espectro radioeléctrico y evadir las prohibiciones establecidas en la regulación sectorial.
241. En efecto, de la información obrante en el expediente se advierte que inicialmente existían indicios que demostraban que, AMÉRICA MÓVIL, a través de la suscripción de los acuerdos de comercialización con sus empresas vinculadas estaba vulnerando la legislación en materia de telecomunicaciones que obliga a los operadores a contar con autorizaciones a título personal para el uso del espectro radioeléctrico – o de transferencias autorizadas de porciones de espectro aprobadas por el MTC – , con lo cual estaría valiéndose de una ventaja competitiva ilícita respecto de sus competidores para captar usuarios a través del uso de la tecnología 4G o 4G+, evidenciándose un ahorro de costos e inversiones ilícito en el mercado.
242. Es así que la referida estrategia además de resultar contraria a la buena fe empresarial, tenía por efecto falsear las condiciones de competencia en el mercado, y se ha visto reflejada en la adquisición de empresas que poseen espectro en esta banda, sumado a la actual situación en la cual ha suscrito un acuerdo de comercialización con TVS y Olo que busca validar un uso compartido de espectro contrario a la regulación sectorial.

<sup>73</sup> La aparente ventaja competitiva ilícita, podría derivarse de una ventaja económica, por ejemplo, de un ahorro en los costos e inversiones que sus competidores si asumieron para operar en el mercado y utilizar las porciones del espectro que le fueron asignadas y que AMÉRICA MÓVIL no estaría asumiendo.



243. No obstante, la Disposición Única Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro también tiene efectos relevantes sobre la imputación referida.
244. En efecto, como se señaló, la Disposición Única Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro estableció que los acuerdos de comercialización de servicios o tráfico que utilicen, como medio de transmisión, alguna porción de espectro radioeléctrico, sobre el cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso, deben adecuarse a las disposiciones contenidas en la Norma de Arrendamiento de Espectro, en el plazo de seis (6) meses, contado desde el día de siguiente de la publicación de dicho reglamento en el Diario Oficial el Peruano.
245. La Norma de Arrendamiento de Espectro permite que los contratos de comercialización cambien o se ajusten a los contratos de arrendamiento de espectro previstos en dicha norma, y se conviertan en contratos lícitos, siempre que cumplan con los requisitos indicados, en un plazo excepcional de seis (6) meses, contados a partir del 29 de mayo de 2019.
246. Así, el contenido principal de la Disposición Única Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro es eximir o librar de responsabilidad administrativa a los que hayan suscrito contratos de comercialización que permitan el uso de una porción del espectro radioeléctrico asignada a un concesionario, en el caso en concreto, AMÉRICA MÓVIL.
247. En consecuencia, por aplicación de la Disposición Única Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro, a AMÉRICA MÓVIL se le ha concedido un plazo de adecuación para obtener el permiso de arrendamiento y que el MTC le de validez legal a los mencionados acuerdos de comercialización que, hasta antes de la entrada en vigencia de la normativa, eran ilegales y burlaban las prohibiciones establecidas en la normativa sectorial.
248. Por tanto, la STCCO estima que, por los efectos de la mencionada disposición, se ha eximido de responsabilidad administrativa por la suscripción de contratos de comercialización para utilizar el espectro radioeléctrico de terceras empresas vinculadas, motivo por el cual no corresponde sancionar a la mencionada empresa por la infracción prevista en la cláusula general de la LRCD.
249. Sin perjuicio de lo previamente expuesto, esta STCCO recomienda el archivo de la imputación por la cláusula general debido a los términos en los que ha sido formulada, en tanto ésta ha estado dirigida a cuestionar la legalidad de la suscripción de los acuerdos de comercialización como conducta contraria a la buena fe empresarial a efectos de evadir las obligaciones sectoriales.
250. En este sentido, la situación antes descrita no impide que este órgano instructor reformule o identifique conductas adicionales, tomando en consideración la nueva normativa de arrendamiento de espectro, y realice una nueva imputación de cargos contra dicha empresa. Ello, debido a que, de la información obtenida en el marco de la presente controversia, ha quedado acreditado que AMÉRICA



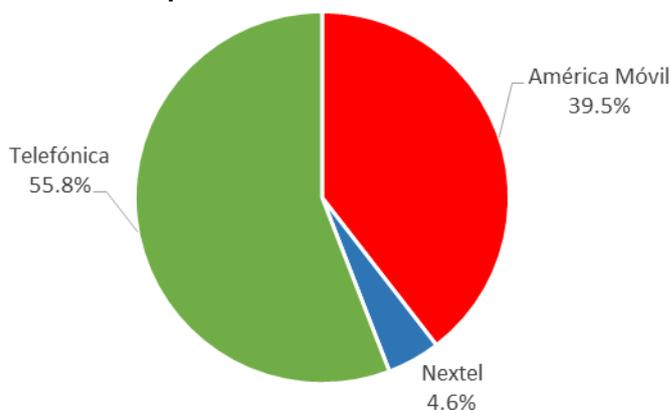
MÓVIL utilizó la banda 2.6 sin la correspondiente autorización del MTC, siendo que el uso no autorizado le ha generado ventajas competitivas ilícitas derivadas del ahorro de inversiones y costos, así como la obtención de usuarios en el mercado de servicios móviles sobre la base de mecanismos contrarios a su propia eficiencia, generando efectos negativos en el mercado.

## X. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA CONDUCTA

### X.1. Descripción del mercado de servicios móviles

251. El mercado peruano de servicios móviles ha mostrado importantes cambios estructurales. Hasta junio de 2014 se observaba una concentración más elevada que la actual, en la medida que se tenían dos operadores consolidados que se repartían poco más del 95% del mercado medido en términos de líneas en servicio (30,558,748 de líneas en servicio). Así, en junio de 2014, TELEFÓNICA contaba con el 55.8% del mercado (17,063,821 líneas en servicio), y AMÉRICA MÓVIL contaba con el 39.5% (12,085,719 líneas en servicio). En tanto que Nextel del Perú S.A. (Nextel) contaba con una participación que apenas superaba el 4% del total de líneas móviles en servicio (1,409,208 líneas).

**Gráfico N° 1: Tasa de participación de empresas operadoras a junio de 2014, respecto al total de líneas en servicio**



Fuente: OSIPTEL  
Elaboración: STCCO

252. Posteriormente, en julio de 2014 Viettel Perú S.A.C. (Viettel), firma de origen vietnamita, inició formalmente sus operaciones en el Perú. Cabe destacar que el ingreso de Viettel al mercado peruano de servicios móviles se produjo a partir la adjudicación de espectro en las bandas de 1900 MHz, en el año 2011, y de 900 MHz, en agosto de 2012. Asimismo, en octubre de 2014 Entel inició sus

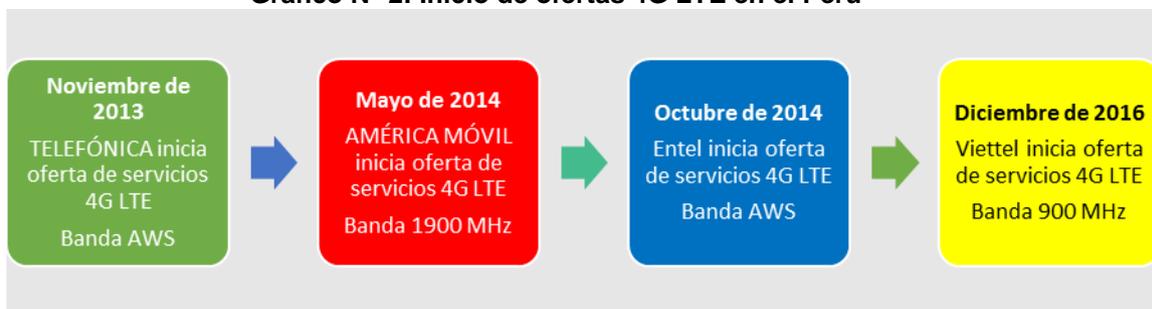


	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 81 de 95

operaciones en el mercado peruano, dejando atrás la marca Nextel, luego de haberse concretado la adquisición de Nextel del Perú S.A. en agosto de 2013.

253. Estos hechos vinieron acompañados de otros acontecimientos muy importantes, y que han revolucionado el mercado, esto es, el inicio de la prestación de servicios móviles 4G LTE. Este cambio en el mercado se produjo a partir de las licitaciones de bandas adecuadas para servicios avanzados, como la banda AWS (Banda 1710-1770MHz y 2110-2170MHz -Bloques Ay B), en el año 2013, y la banda de 700 MHz, en el año 2016.
254. En el proceso de licitación de la banda AWS los ganadores fueron TELEFÓNICA y Americatel Perú S.A. (Americatel), siendo este último parte del mismo grupo económico de Entel, a quien posteriormente le cedería el bloque de espectro adjudicado en dicho proceso. A partir de esta licitación, tanto TELEFÓNICA, en noviembre de 2013, como Entel, en octubre de 2014, iniciaron la provisión de servicios 4G LTE. Cabe destacar que si bien AMÉRICA MÓVIL no pudo adjudicarse una banda específica para la provisión de este tipo de servicios, adecuó una porción del espectro que tenía adjudicado en la banda de 1900 MHz para brindar a sus clientes los servicios 4G LTE, a partir del mes de mayo de 2014. Una estrategia similar ha seguido Viettel, que el 15 de diciembre de 2016 inicio la prestación de sus servicios 4G LTE a través de la banda de 900 MHz que le fue adjudicada en 2012.

**Gráfico N° 2: Inicio de ofertas 4G LTE en el Perú**



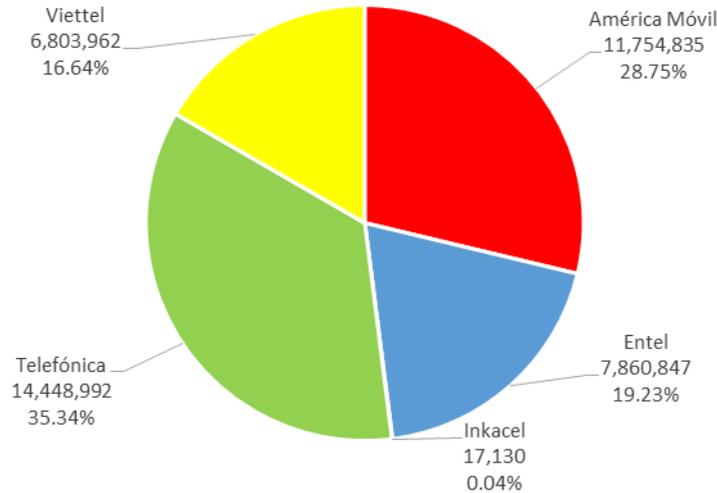
Elaboración: STCCO

255. Estos cambios se han visto reflejados en las cuotas de mercado de los operadores. Como se puede ver en el siguiente gráfico, a setiembre de 2019, Viettel ha logrado capturar casi el 17% del total de líneas móviles en servicio (6,803,962 de líneas), en tanto que Entel se ha hecho de poco más del 19% del total de líneas en servicio (7,860,847 de líneas). Ello ha repercutido en las participaciones de los incumbentes, TELEFÓNICA y AMÉRICA MÓVIL, cuyas cuotas de mercado cayeron al 35.34% (14,448,992 líneas en servicio) y 28.75% (11,754,835 líneas en servicio), respectivamente.



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019 Página 82 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

**Gráfico N° 3: Tasa de participación de empresas operadoras a setiembre de 2019, respecto al total de líneas en servicio**



Fuente: OSIPTEL  
Elaboración: STCCO

256. Cabe destacar que a partir de julio de 2016 ingresó al mercado el primer operador móvil virtual, Virgin Mobile Perú S.A. (Virgin), con una oferta centrada en la modalidad prepago. Sin embargo, en setiembre de 2017, Virgin anunció su salida del país, y vendió sus operaciones en el Perú a Incacel Movil S.A. (Inkacel). A setiembre de 2019, Inkacel había logrado apenas el 0.04% del total de líneas en servicio (17,130 líneas). Cabe destacar que en mayo de 2017 Virgin, había logrado contar con 89,457 líneas en servicio; sin embargo, a partir de dicho momento empezó a perder clientes, llegando a la cifra ya señalada hacia setiembre de 2019. Es preciso señalar también que, en octubre de 2015, TELEFÓNICA lanzó en el Perú su segunda marca, “Tuenti”, para brindar servicios móviles. Dicha marca estaba enfocada en la modalidad prepago; no obstante, en octubre de 2019 TELEFÓNICA retiró del mercado dicha marca.<sup>74</sup>

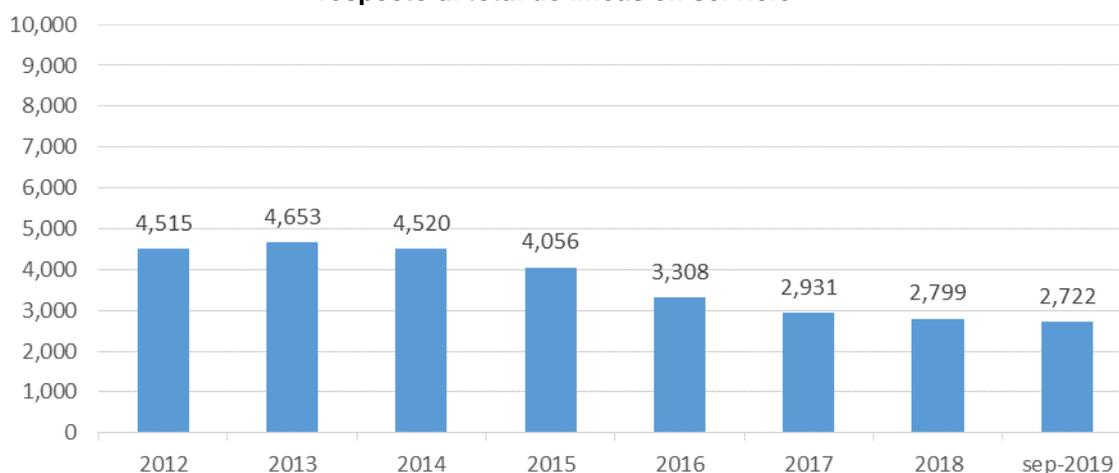
257. Así, como podemos ver en el siguiente gráfico, la concentración del mercado, medida a través del Herfindahl-Hirschman Index (HHI), se ha reducido considerablemente desde el mes de setiembre de 2014, llegando a 2,886 en setiembre de 2018; sin embargo, este mercado todavía debe considerarse como uno de concentración elevada, ya que presenta un HHI superior a 2,500.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Algunos medios informaron esta decisión de TELEFÓNICA. Ver: <https://rpp.pe/economia/economia/tuenti-de-telefonica-dejara-el-mercado-peruano-el-13-de-octubre-noticia-1222603>. Última visita: 29/11/2019.

<sup>75</sup> El HHI fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. El HHI fluctúa entre 0 y 10,000 siendo este último caso aquel del monopolio que cuenta con el 100% del mercado. Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, según se explica en el siguiente cuadro:



**Gráfico N° 4: Evolución del Índice de concentración de mercado (HHI), respecto al total de líneas en servicio**



Fuente: OSIPTEL  
Elaboración: STCCO

258. De otro lado, si se analiza específicamente el mercado de acceso a internet desde dispositivos móviles<sup>76</sup>, se observa que, a setiembre de 2019, aproximadamente 24 millones de teléfonos móviles pudieron acceder a la navegación por internet. Asimismo, alrededor de 0.3 millones de dispositivos distintos a los teléfonos móviles pudieron acceder a internet a través de redes móviles (dispositivos USB, tablets, laptops con SIM Card, entre otros). Así, a setiembre de 2019, fueron aproximadamente 24.3 millones de líneas accedieron a internet móvil, representando un incremento de 113% respecto a lo que se observó en el primer trimestre de 2014, cuando fueron 11.4 millones de líneas las que se conectaron a internet móvil.

259. En el caso de los teléfonos móviles, a setiembre de 2019, TELEFÓNICA tenía el 37% de participación de mercado, en tanto que AMÉRICA MÓVIL tenía el 33%, seguido por Entel con el 14%, y Viettel con el 16%.

Valor del HHI	Grado de Concentración	Potencialidad de Ejercicio de Poder de Mercado
Menor a 1500	Mercado no concentrado	Reducida
Entre 1,500 y 2,500	Mercado moderadamente concentrado	Moderada
Superior a 2,500	Mercado altamente concentrado	Elevada

El indicador se calcula a partir de las participaciones de mercado de  $N$  empresas, según la siguiente fórmula:

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

Donde:

$N$  = número de empresas en una industria

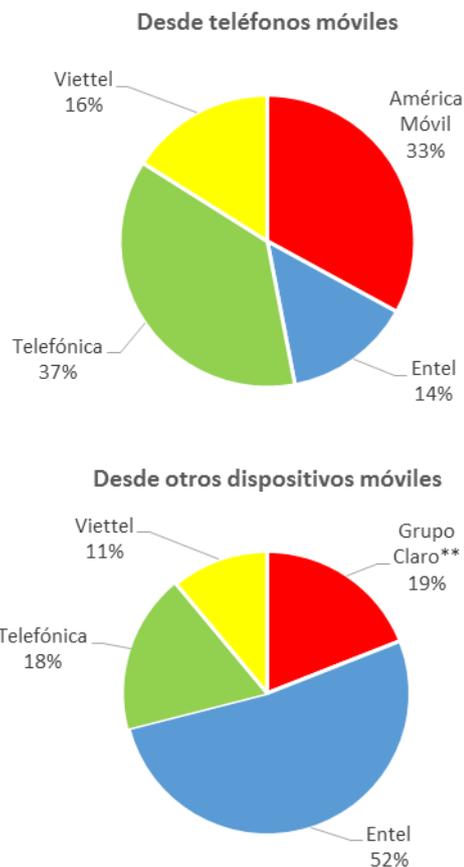
$S_i$  = participación de mercado de la empresa  $i$

<sup>76</sup>

Las estadísticas de este mercado están disponibles en: <http://www.osiptel.gob.pe/documentos/6-indicadores-del-servicio-de-internet-movil>. (Última visita: 9/11/2019)



**Gráfico N° 5: Participación de Líneas de Internet Móvil, según empresa operadora y tipo de dispositivo (septiembre de 2019)\***



\* La información de líneas y tráfico de Viettel presenta inconsistencias, las cuales se encuentran pendientes de respuesta por parte de la empresa.

\*\* En Grupo Claro se considera a las empresas América Móvil, Olo y TVS.

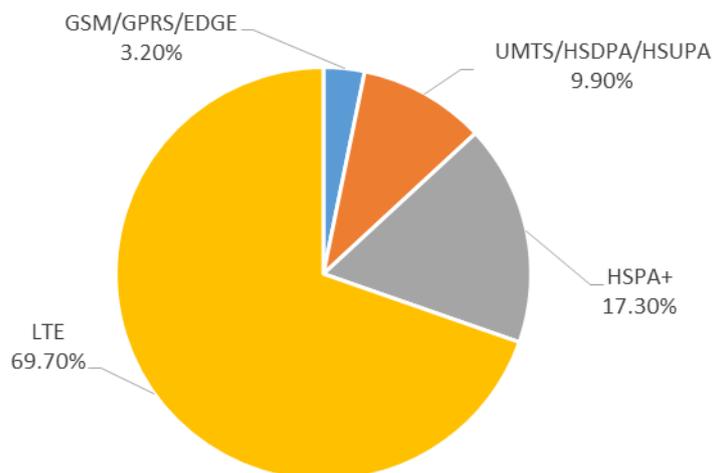
Nota: El término "otros dispositivos móviles" incluye: Módem USB para laptop o PC, computadoras portátiles con SIM-CARD incorporado, tablets y otros dispositivos distintos de teléfonos móviles.

Fuente: OSIPTEL

Elaboración: STCCO

260. De otro lado, en cuanto a las tecnologías móviles de navegación por internet, a setiembre de 2019 se estima que casi el 70% de teléfonos móviles navegan a través de la tecnología LTE. Cabe destacar que la navegación a través de tecnología 4G ha experimentado un crecimiento de aproximadamente 10 puntos porcentuales en un año.

**Gráfico N° 6: Teléfonos móviles que accedieron al Servicio de Internet, según tecnología\* (setiembre de 2019)**



\* La información de líneas y tráfico de Viettel presenta inconsistencias, las cuales se encuentran pendientes de respuesta por parte de la empresa.

Fuente: OSIPTEL

Elaboración: STCCO

## **X.2. Efectos sobre el mercado**

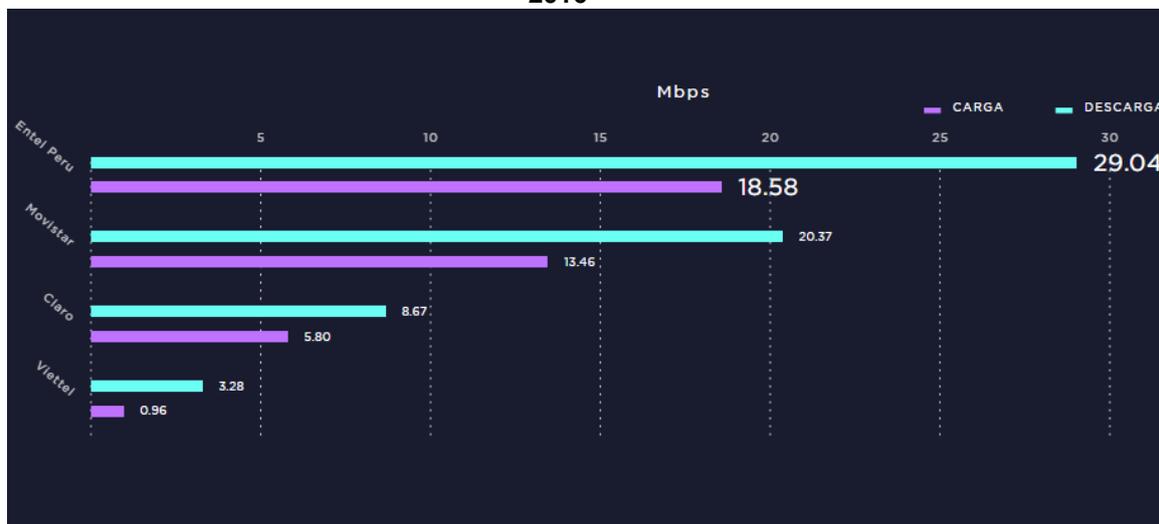
261. Tal como se ha comprobado, AMÉRICA MÓVIL ha realizado una actividad económica, en este caso la explotación del espectro radioeléctrico en la banda de 2.6 GHz, sin contar con el correspondiente título habilitante, lo cual ha generado que se coloque en una mejor posición que sus competidores por motivos distintos a su propia eficiencia.
262. Al respecto, se podría evaluar como la calidad del servicio de AMÉRICA MÓVIL se ha incrementado a partir del uso de más espectro en los últimos años, incluyendo el uso de la banda de 2.6 GHz, para la provisión de servicios 4G LTE y de 4.5G.
263. La banda de 2.6 GHz es una banda alta, y una de sus mayores cualidades, es su capacidad para permitir altas velocidades de transmisión de datos. Precisamente, esta cualidad de la banda de 2.6 GHz ha llevado al considerable incremento en la velocidad promedio que logran los usuarios de AMÉRICA MÓVIL.
264. A continuación, se analizarán las velocidades promedio de los operadores móviles según dos empresas especializadas en la materia, las cuales, a partir de test de velocidad ejecutados por los usuarios de servicios de internet, generan indicadores agregados que ponen a disposición del público en general.

265. En concreto, se usarán la información reportada por Ookla y OpenSignal, las cuales pueden ser una buena referencia para conocer las características de velocidades de las redes de los operadores móviles.

266. De acuerdo con la información publicada por Ookla el 27 de septiembre de 2016<sup>77</sup>, la velocidad promedio que mostraba la red móvil de AMÉRICA MÓVIL para la descarga de datos era de aproximadamente 8.67 Mbps, mientras que la velocidad de carga de datos era de 5.80 Mbps. Como se puede ver en el siguiente gráfico, AMÉRICA MÓVIL se ubicaba en el tercer lugar, tanto en lo que respecta a la velocidad de carga, como a la velocidad de descarga, luego de operadores como Entel y TELEFÓNICA, respectivamente.

267. Además, se observa que la diferencia entre el primer operador en el ranking, Entel, y AMÉRICA MÓVIL, es considerable, ya Entel llegaba a un promedio de velocidad de descarga de 29.04 Mbps.

**Gráfico N° 7: Velocidades de internet de operadores móviles según Ookla, 2016**



Fuente: Ookla

268. Sin embargo, la posición de AMÉRICA MÓVIL ha cambiado considerablemente, ya que entre el primer y segundo trimestre de 2018<sup>78</sup>, dicho operador ha pasado a liderar los rankings de Ookla en lo que respecta a la velocidad de descarga.

269. En el siguiente gráfico se puede ver como en el primer semestre de 2018 AMÉRICA MÓVIL ha logrado una velocidad de descarga promedio de 26.21 Mbps, dejando atrás a Entel y TELEFÓNICA, que incluso han reducido su velocidad promedio. Así, AMÉRICA MÓVIL ha triplicado su velocidad de descarga en solo dos años. Por su parte, Viettel también ha mostrado un

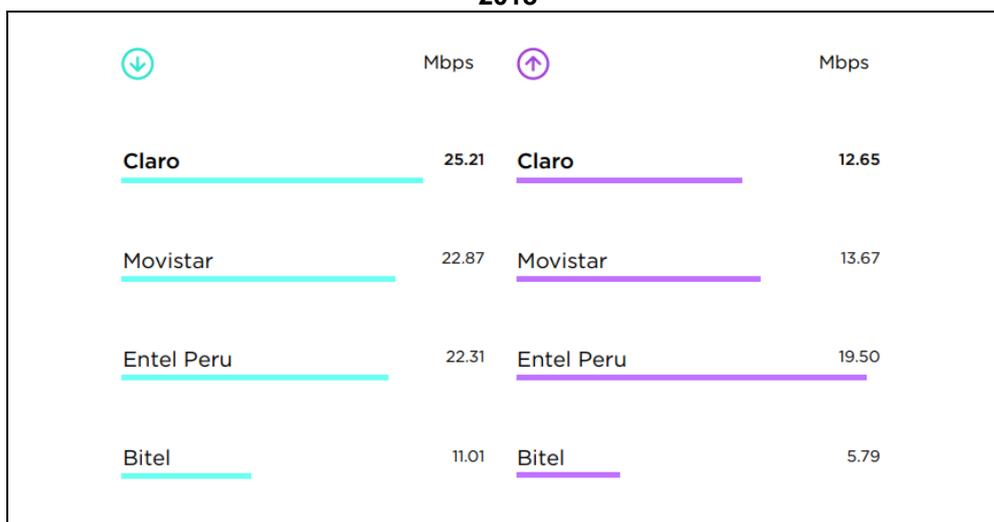
<sup>77</sup> Reporte de Mercado de Speedtest, Perú. Publicado el 27 de septiembre de 2016.: <http://www.speedtest.net/reports/es/peru/> (Última Visita: 8/11/2019)

<sup>78</sup> SpeedTest Awards. Peru | Q1-Q2 2018: [https://www.speedtest.net/awards/peru/2018/?time\\_period=q1-q2](https://www.speedtest.net/awards/peru/2018/?time_period=q1-q2) (Última Visita: 9/12/2018)



aumento considerable en su velocidad de carga y descarga, sin embargo, todavía se mantiene rezagado respecto de sus competidores. Cabe destacar que los resaltados de este ranking ha sido destacados por AMÉRICA MÓVIL en un comunicado de prensa titulado: *“Según Ookla, Claro fue la operadora con la red móvil más rápida del Perú en el primer y segundo trimestre del 2018”*<sup>79</sup>

**Gráfico N° 8: Velocidades de internet de operadores móviles según Ookla, 2018**



Fuente: Ookla

270. Otra fuente de información similar a Ookla es OpenSignal, aunque en este caso se hará la comparación considerando únicamente la tecnología 4G. De acuerdo con las mediciones de OpenSignal, en el año 2016 América Móvil tenía una velocidad de descarga promedio de 4.72 Mbps, siendo el operador con la velocidad más baja en 4G<sup>80</sup>, luego de Entel, que tenía 18.96 Mbps, y Telefónica, con 13.95 Mbps. Sin embargo, en agosto de 2019 la situación de AMÉRICA MÓVIL ha mejorado considerablemente, ya que la velocidad promedio se ha incrementado hasta 14 Mbps.

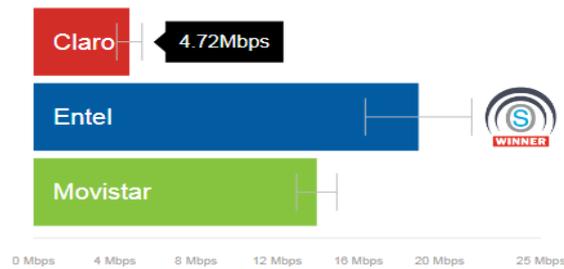
271. De otro lado, en el caso de Entel y TELEFÓNICA la velocidad promedio de descarga en 4G se sitúa entre los 16 y 18 Mbps, con una ligera ventaja todavía a favor de Entel. Cabe destacar que, según Opensignal, a febrero de 2019 AMÉRICA MÓVIL es el operador que ofrece la mejor experiencia en consumo de video a través de la red 4G.

**Gráfico N° 9: Velocidades de descarga de 4G de operadores móviles según OpenSignal Primer trimestre de 2016**

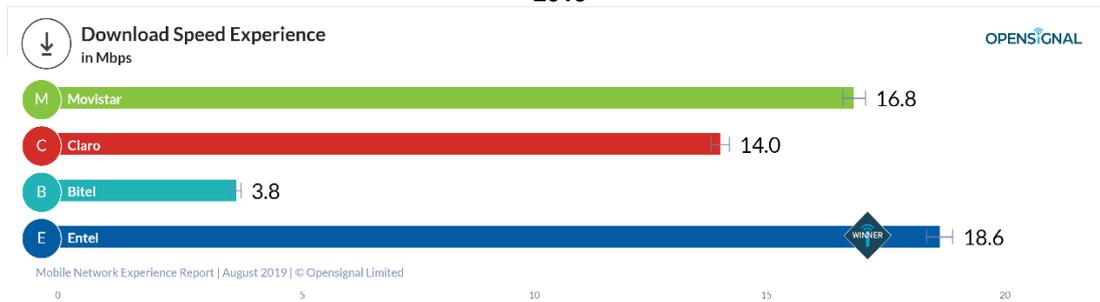
<sup>79</sup> Este comunicado está disponible en el siguiente enlace: <http://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/ookla-reconoce-a-claro-como-la-red-mas-rapida/> (Última Visita: 8/11/2019)

<sup>80</sup> Viettel todavía no brinda el servicio 4G.





Agosto de 2019



Fuente: OpenSignal

272. De esta manera, se observa que, AMÉRICA MÓVIL ha podido posicionarse mejor en términos competitivos, lo cual en parte podría estar directamente relacionado con el uso de Banda de 2.6 GHz, que como es sabido, permite brindar servicios con mayores velocidades.
273. Asimismo, tal como se señaló en el Informe de Actuaciones Previas, la mayor disponibilidad de espectro, a partir del uso de la banda de 2.6 GHz, y de la banda de 700 MHz, podría haber repercutido en una mejora de la oferta comercial de AMÉRICA MÓVIL, ya que indirectamente podría permitirle brindar planes del servicio móvil con mayores beneficios, como por ejemplo, incrementar los topes de consumo de datos.
274. Cabe destacar que si bien la mayor disponibilidad de espectro no está directamente relacionada con la posibilidad de otorgar mayores topes de datos en los planes, sino con la posibilidad de brindar mayores velocidades, indirectamente la mayor disponibilidad de espectro para AMÉRICA MÓVIL pudo haberle permitido otorgar mayor cantidad de datos en sus planes del servicio.
275. Si una empresa operadora dispone de más espectro, entonces puede atender más usuarios con su infraestructura disponible, por lo que tendrá menos restricciones para atraer más clientes a su red. En ese sentido, al tener más espectro disponible, AMÉRICA MÓVIL eliminó una restricción para la prestación de sus servicios, por lo que estaba en capacidad de atender más usuarios sin empeorar la experiencia en la navegación. Así, la forma de atraer más clientes hacia la red del operador fue a partir de ofrecer mayores velocidades, así como también ofreciendo más MB en sus planes.



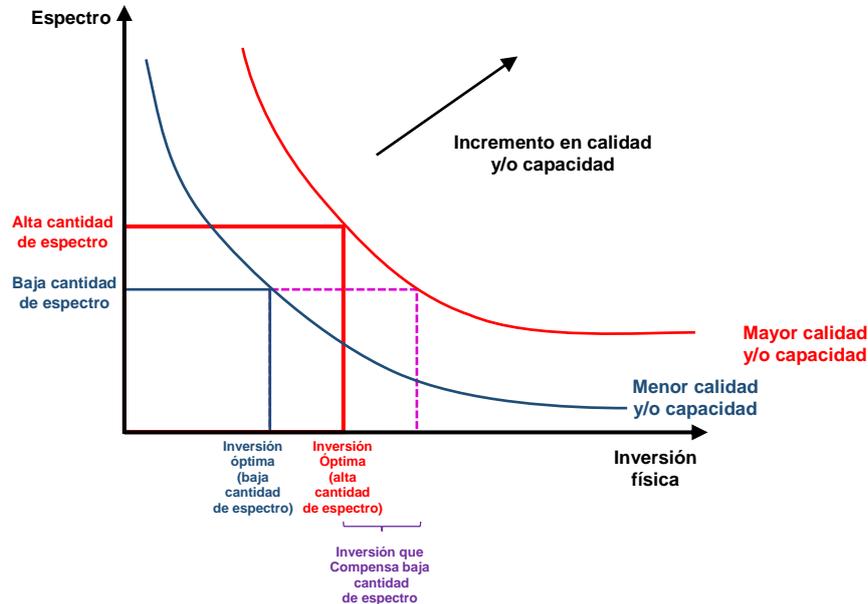
	DOCUMENTO	N° 010-STCCO/2019 Página 89 de 95
	INFORME INSTRUCTIVO	

276. Cabe destacar que esto se produce en un contexto en el que los competidores de AMÉRICA MÓVIL venían incrementando la cantidad de datos otorgados en sus planes, a lo cual este operador pudo responder aparentemente gracias al uso de la Banda de 2.6 GHz.
277. Otro aspecto a considerar como ventaja obtenida por AMÉRICA MÓVIL se refiere al ahorro que podría obtener en el nivel de inversión en infraestructura al contar con mayor espectro. Al respecto, es conocido que existe una relación inversa entre disponibilidad de espectro e inversión en infraestructura. Sobre esto, y sustentándose en el Informe N° 162-GPRC/2017, TELEFÓNICA argumenta en su denuncia que, el uso de bandas altas tiene un alto efecto sobre la dinámica competitiva, ya que existe una relación inversa entre la cantidad de espectro que una empresa tiene asignada, con la necesidad de realizar inversiones para desplegar infraestructura.
278. Sobre este punto, Oxera (2012)<sup>81</sup> señala que existen dos factores de producción destacados para lograr un determinado nivel de capacidad y/o calidad del servicio, esto son el espectro y la infraestructura. De acuerdo con Oxera, en términos económicos simples, el derecho de uso del espectro es un factor de producción sustituto de la inversión en infraestructura, así, se puede alcanzar un resultado de mercado dado (en términos de calidad y/o capacidad) con diferentes combinaciones de espectro e infraestructura.
279. El siguiente gráfico precisamente presenta una función de producción de servicios móviles, cuyo producto está medido en términos de calidad y/o capacidad, y que tiene como factores productivos el espectro y la inversión en infraestructura, o inversión física. Tal como se evidencia, existe una relación inversa entre ambos factores productivos, por lo que puede producirse un mismo nivel de calidad y/o capacidad con diferentes combinaciones de los factores, espectro e infraestructura.
280. Este gráfico presenta un ejemplo particular que muestra que, un operador con mayor disponibilidad de espectro puede lograr un mayor nivel de calidad y/o capacidad con menor inversión en infraestructura, a diferencia de un operador que dispone de menos espectro, y que tendrá que invertir más en infraestructura.

<sup>81</sup> Oxera (2012). "Spectrum trading issues. A framework for competition assessments Report prepared for Commission for Communications Regulation."



**Gráfico N° 10: Cantidad de espectro e inversión que se requiere para proveer un determinado nivel de capacidad y/o calidad de servicio**



Fuente: Oxera (2012). "Spectrum trading issues. A framework for competition assessments Report prepared for Commission for Communications Regulation."  
Elaboración: STCCO

281. De esta manera, al disponer de la Banda de 2.6 GHz, AMÉRICA MÓVIL ha podido disminuir sus inversiones en infraestructura, obteniendo un ahorro de costos, lo cual a su vez constituye una ventaja en el mercado. En todo caso, se podría afirmar también que, aunque AMÉRICA MÓVIL no haya disminuido su inversión en infraestructura, dada su mayor disponibilidad de espectro, habría podido alcanzar un mayor nivel de calidad y/o capacidad que un operador con la misma inversión, pero con menos espectro.

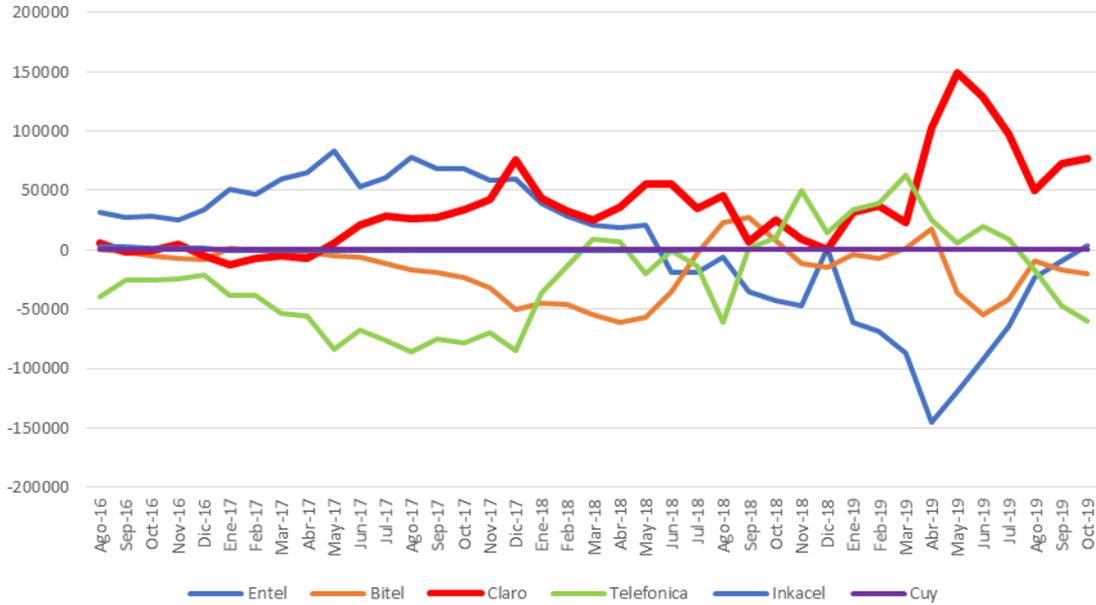
282. Esto habría permitido a AMÉRICA MÓVIL posicionarse mejor en el mercado, de modo tal que, de forma sostenida, viene mostrando indicadores positivos en lo que respecta a la portabilidad numérica móvil, por ejemplo. En el siguiente gráfico, se muestra la evolución de las portabilidades netas de los operadores móviles desde el mes de mayo de 2017 hasta el mes de octubre de 2019. Tal como se evidencia en el gráfico, desde esa fecha AMÉRICA MÓVIL ha sido el único operador que ha mantenido de forma constante un resultado neto positivo en términos de portabilidad. Cabe destacar que estos resultados han sido usados por AMÉRICA MÓVIL para posicionarse en el mercado, resaltando estas cifras a su favor.<sup>82</sup>

<sup>82</sup> Esto se evidencia en los múltiples comunicados de prensa que el operador ha venido divulgando. Al respecto, a manera de ejemplo se puede ver los siguientes comunicados (Última Visita: 8/11/2019):

- Claro lidera portabilidad móvil neta en el 2018: <http://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/claro-lidera-portabilidad-mayo/>
- Claro lidera resultados de portabilidad móvil neta durante el primer semestre 2018: <http://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/claro-lidera-portabilidad-en-el-semestre/>



**Gráfico N° 11: Posición Neta Mensual de la Portabilidad en Telefonía Móvil, de agosto de 2016 a octubre de 2019**



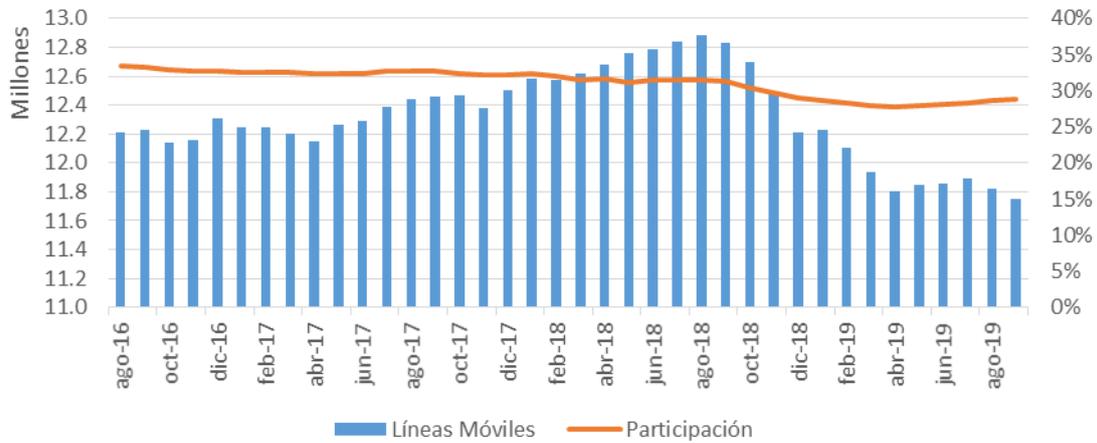
Fuente: OSIPTEL  
Elaboración: Propia

283. En el siguiente gráfico se puede ver como luego de venir experimentando una caída constante en el número de líneas en servicio, a partir del segundo trimestre de 2017, se empieza a notar un claro crecimiento en el número de líneas en servicio de AMÉRICA MÓVIL. Dicho crecimiento se mantiene por lo menos hasta el mes de agosto de 2018. Este cambio en la evolución del número de líneas de AMÉRICA MÓVIL responde a un mejor posicionamiento de la compañía, debido al incremento en la velocidad de sus servicios, así como a la mejora en la cantidad de datos que otorga en sus planes. Esto a su vez respondería al hecho de que AMÉRICA MÓVIL cuenta con una mayor disponibilidad de espectro, es decir, a partir del uso no autorizado de la Banda de 2.6 GHz.

- Claro es el único operador que registra portabilidad móvil neta positiva ininterrumpidamente durante más de un año: <http://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/claro-lidera-portabilidad-movil-por-13-mes-consecutivo/>
- Claro obtiene más de 25 mil portaciones netas, más del doble que su competidor más cercano: [http://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/claro\\_lidera\\_portaciones\\_netas\\_en\\_Octubre/](http://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/claro_lidera_portaciones_netas_en_Octubre/)



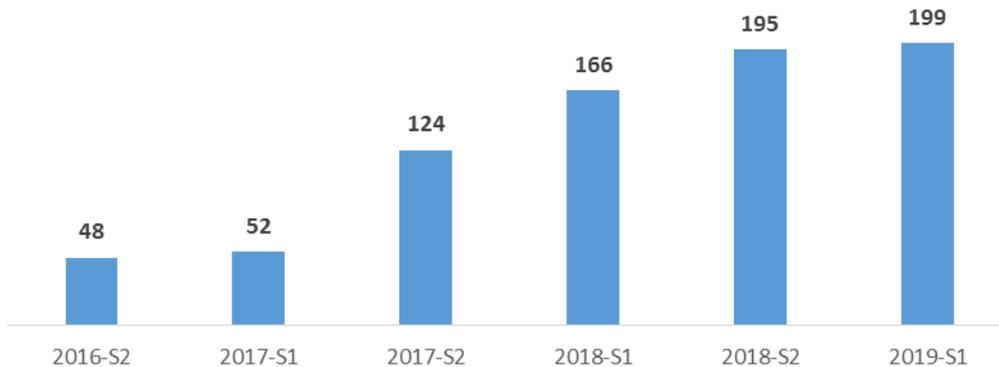
**Gráfico N° 12: Evolución del número de líneas en servicio y la participación de mercado de AMÉRICA MÓVIL, agosto 2016 a setiembre de 2019**



Fuente: OSIPTEL  
Elaboración: STCCO

284. Este importante crecimiento experimentado por AMÉRICA MÓVIL en el número de líneas en servicio, así como su mejor posición en los indicadores de portabilidad coinciden plenamente con el despliegue de mayor cobertura en centros poblados a través de OLO y TVS Wireless. Así, a partir del segundo semestre de 2017 la cobertura de servicios 4G LTE a partir del uso de la banda de 2.6 GHz de OLO y TVS Wireless se incrementó considerablemente, coincidiendo con los mejores indicadores de AMÉRICA MÓVIL.

**Gráfico N° 13: Centros Poblados que accedieron al servicio 4G LTE a través de OLO y TVS Wireless**



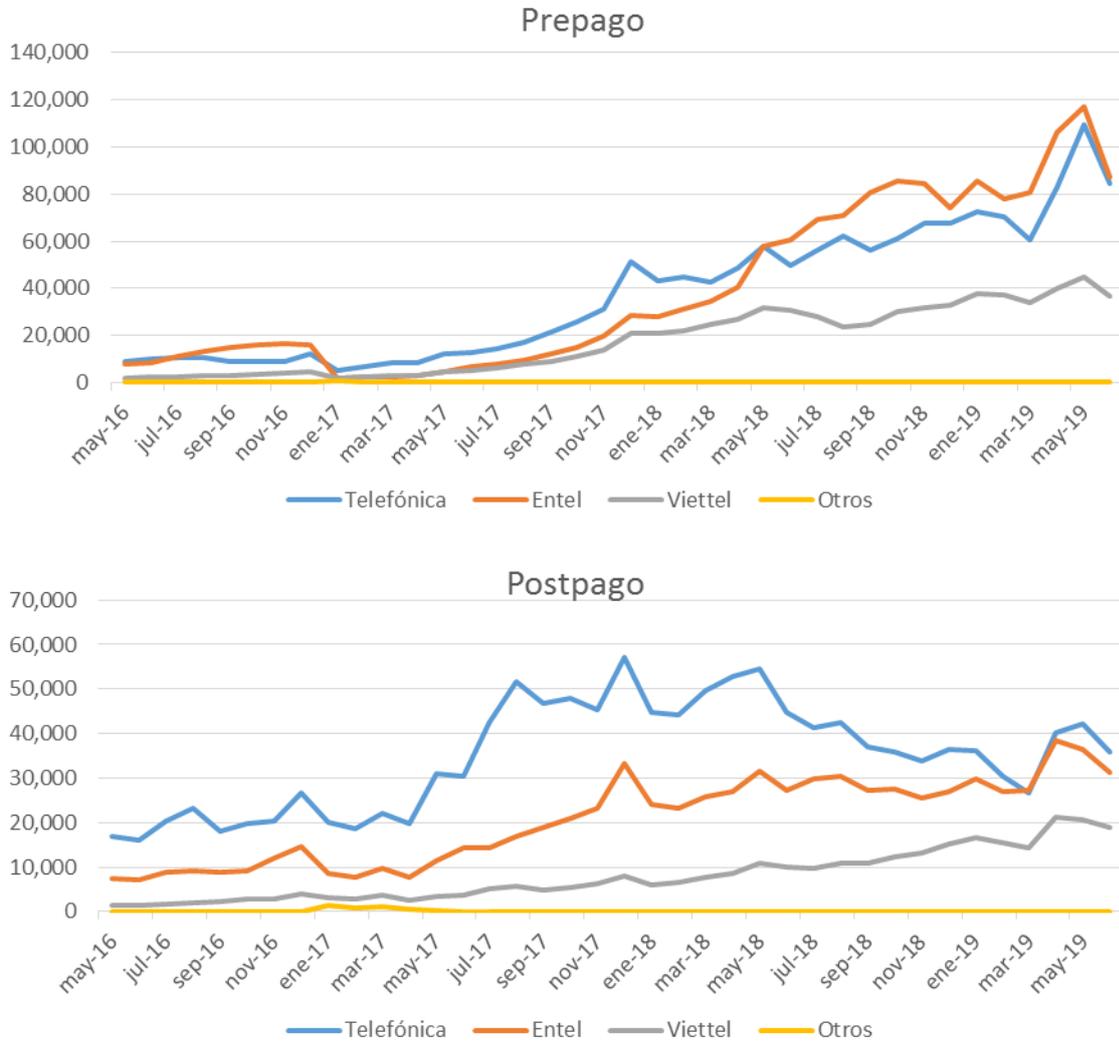
Fuente: América Móvil  
Elaboración: STCCO

285. Cabe destacar que si se observa con mayor detalle los indicadores de portabilidad, respecto al operador de origen de las líneas portadas a AMÉRICA MÓVIL, se observa que en el caso de la modalidad prepago, desde el segundo semestre de 2017 ocurre un fuerte crecimiento de las líneas provenientes de TELEFÓNICA y de ENTEL, siendo esta última la empresa que recibe el mayor



impacto en la modalidad prepago, mientras que TELEFÓNICA es la que recibe el mayor impacto en la modalidad postpago.

**Gráfico N° 14: Evolución semestral de número de líneas portadas hacia América Móvil**



Fuente: América Móvil  
Elaboración: STCCO

286. AMÉRICA MÓVIL ha venido usando la banda de 2.6 GHz, para la cual no tiene autorización, para prestar servicios 4G y 4.5G (mediante la técnica de carrier aggregation). Precisamente, de acuerdo a lo señalado por la propia empresa, desde el mes de junio de 2018 ha agregado el 4.5G como una característica de su oferta comercial, de acuerdo a lo que ha registrado en el SIRT del OSIPTEL. De acuerdo con la información reportada por la empresa, en noviembre de 2017 fueron 211,296 las líneas en servicio que cursaron tráfico a través de 4.5G, cifra que se ha cuadruplicado hasta las 968,144 en junio de 2019. En ese sentido, la



provisión de la tecnología 4.5G ha sido muy importante para el desempeño competitivo de AMÉRICA MÓVIL.

**Cuadro N° 1: Líneas en servicio con tráfico de 4.5G de AMÉRICA MÓVIL**

Mes	Cantidad de líneas que han cursado tráfico de datos de 4.5G	Líneas que han cursado de 4.5G como porcentaje del total de líneas que pueden usar 4.5G	Líneas que han cursado tráfico de 4.5G como porcentaje del total de líneas de AMÉRICA MÓVIL	Líneas que han cursado de 4.5G como porcentaje del total de líneas en el mercado
Nov-17	211,296	7.3%	1.7%	0.5%
Dic-17	233,760	7.7%	1.9%	0.6%
Ene-18	260,116	8.0%	2.1%	0.7%
Feb-18	289,771	8.4%	2.3%	0.7%
Mar-18	322,171	8.6%	2.6%	0.8%
Abr-18	356,799	8.9%	2.8%	0.9%
May-18	393,171	9.2%	3.1%	1.0%
Jun-18	435,976	9.6%	3.4%	1.1%
Jul-18	509,915	10.5%	4.0%	1.2%
Ago-18	565,887	11.2%	4.4%	1.4%
Set-18	642,045	12.1%	5.0%	1.6%
Oct-18	707,335	12.9%	5.6%	1.7%
Nov-18	749,530	13.3%	6.0%	1.8%
Dic-18	800,393	13.9%	6.6%	1.9%
Ene-19	828,552	14.2%	6.8%	1.9%
Feb-19	864,326	14.7%	7.1%	2.0%
Mar-19	898,051	15.2%	7.5%	2.1%
Abr-19	933,225	15.6%	7.9%	2.2%
May-19	954,072	15.8%	8.1%	2.2%
Jun-19	968,144	16.0%	8.2%	2.3%

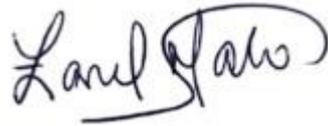
Fuente: América Móvil y OSIPTEL  
Elaboración: Propia



	DOCUMENTO	Nº 010-STCCO/2019
	INFORME INSTRUCTIVO	Página 95 de 95

## XI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

287. En virtud de las consideraciones previamente expuestas, esta STCCO considera que corresponde recomendar al Cuerpo Colegiado Permanente, el archivo del presente procedimiento sancionador iniciado contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de las infracciones previstas en los artículos 6° y 14.2.b de la LRCD.
288. Sin perjuicio de lo previamente expuesto, tomando en consideración el marco normativo de arrendamiento de espectro y los efectos negativos producidos en el mercado móvil previamente desarrollados, se considera conveniente evaluar si corresponde realizar una nueva imputación de cargos contra AMÉRICA MÓVIL por infracciones a la normativa de competencia.



**Zaret Matos Fernández**  
**Secretaria Técnica Adjunta de los**  
**Cuerpos Colegiados**

