

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS****Nº 00013-2021-TSC/OSIPTEL**

Lima, 8 de marzo de 2021

<b>EXPEDIENTE N°</b>	009-2018-CCP-ST/CD
<b>ADMINISTRADOS</b>	Telefónica del Perú S.A.A. América Móvil Perú S.A.C.
<b>MATERIA</b>	Competencia desleal
<b>APELACIÓN</b>	Resolución N° 004-2020-CCP/OSIPTEL

**SUMILLA:** Se declaró *INFUNDADA* la primera pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, se *DESESTIMÓ* la solicitud de nulidad de la referida resolución en el extremo referido a la imputación por el supuesto de violación de normas bajo el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

Asimismo, se declaró *INFUNDADA* la segunda pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, se *CONFIRMÓ* el Artículo Primero de dicha resolución, en el extremo en que declara responsabilidad administrativa de América Móvil Perú S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el artículo 14.2.b) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

Por otro lado, se declaró *INFUNDADA* la tercera pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, se *DESESTIMÓ* la solicitud de nulidad de la referida resolución en el extremo referido a la imputación por el supuesto de infracción a la cláusula general, tipificada en el artículo 6 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

Se declaró *INFUNDADA* la cuarta pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, se *DESESTIMÓ* la solicitud de nulidad de la referida resolución en el extremo referido a la imputación por el supuesto de infracción a la cláusula general, tipificada en el artículo 6 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

Se declaró *INFUNDADA* la quinta pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, *SE CONFIRMÓ* el Artículo Primero de la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 065-2018-CCP/OSIPTEL de fecha 26 de diciembre de 2018, en el extremo en que declara responsabilidad administrativa de América Móvil Perú S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general, infracción tipificada en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.



Se declaró *INFUNDADA* la sexta pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, se *DESESTIMÓ* la solicitud de nulidad de la referida resolución en el extremo referido a la graduación de la sanción.

Se declaró la *NULIDAD DE OFICIO* de la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL, en el extremo que impone una multa de 1400 Unidades Impositivas Tributarias a la empresa América Móvil Perú S.A.C.; y, en consecuencia, se dispuso *RETROTRAER* este extremo del procedimiento administrativo sancionador al momento de la emisión de la citada resolución, para que el Cuerpo Colegiado Permanente determine el monto de la multa a imponer por la infracción al literal b) del artículo 14.2 y al artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

Se declaró *PROCEDENTE* la adhesión al recurso de apelación de América Móvil Perú S.A.C., interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. contra el extremo de la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 6 de febrero de 2020 que denegó el pedido de cese de las conductas infractoras a la leal competencia.

No obstante, se declaró *INFUNDADA* la pretensión contenida en la adhesión al recurso de apelación de América Móvil Perú S.A.C., interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. contra el extremo de la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 6 de febrero de 2020 que denegó el pedido de cese de las conductas infractoras a la leal competencia; y, en consecuencia, se *DESESTIMÓ* la solicitud de imposición de medida correctiva en el marco del artículo 55 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

Finalmente, se *CONFIRMÓ* el Artículo Cuarto de la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 6 de febrero de 2020, que condena a América Móvil Perú S.A.C. al pago de los costos del presente procedimiento a favor de la denunciante.

## VISTOS:

- (i) El Expediente N° 009-2018-CCP-ST/CD.
- (ii) El recurso de apelación presentado el 27 de febrero de 2020 por América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL del 6 de febrero de 2020 (en adelante, Resolución Impugnada), emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente (en adelante, CCP), y con sus escritos posteriores.
- (iii) El escrito presentado el 7 de julio de 2020 por Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), mediante el cual absuelve el traslado del referido recurso impugnativo, y con sus escritos posteriores.

## CONSIDERANDO:

### I. ANTECEDENTES

1. El 23 de agosto de 2018, TELEFÓNICA interpuso denuncia contra AMÉRICA MÓVIL (cuyo nombre y marca comercial es "CLARO") por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificado en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, LRCD).
2. El 10 de diciembre de 2018, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, la STCCO) emitió el Informe N° 018-STCCO/2018 – Actuaciones previas



- realizadas respecto a posibles conductas desleales en el mercado de servicios móviles. El referido informe concluye señalando que existen indicios de la comisión de actos de competencia desleal tipificados en los artículos 6 y 14, numeral 14.2, literal b) de la LRCD.
3. Mediante Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTTEL del 26 de diciembre de 2018, el CCP 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 las modalidades de infracción a la cláusula general y violación de normas, infracciones tipificadas en el artículo 6 y en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, respectivamente, precisando que:
    - (i) Con relación al supuesto de infracción a la cláusula general, previsto en el artículo 6 de la LRCD, se imputa a AMÉRICA MÓVIL desarrollar una estrategia comercial contraria a la buena fe empresarial cuyo desarrollo afecta, de manera general, las condiciones de competencia en el mercado al omitir las prohibiciones establecidas en la regulación sectorial.
    - (ii) Con relación al supuesto de violación de normas, previsto en el artículo 14, numeral 14.2, literal b) de la LRCD, se imputa a AMÉRICA MÓVIL desarrollar actividades comerciales en el mercado móvil sin contar con una autorización por parte del MTC para utilizar el espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz.
  4. El 14 de febrero de 2019, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos, planteando defensas previas. Asimismo, solicitó que se declare improcedente la denuncia y se desestimen las imputaciones en su contra.
  5. Mediante Resolución N° 016-2019-CCP/OSIPTTEL del 20 de marzo de 2019, el CCP declaró improcedentes las defensas de forma planteadas por AMÉRICA MÓVIL relacionadas con la falta de interés para obrar, e improcedente la solicitud de suspensión del procedimiento administrativo sancionador.
  6. El 3 de abril de 2019, AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 016-2019-CCP/OSIPTTEL, solicitando que se revoque y se declare la improcedencia de la denuncia de TELEFÓNICA o, en su defecto, se ordene la suspensión del procedimiento hasta contar con un pronunciamiento firme del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) con relación a la presunta vulneración a la norma imperativa señalada por TELEFÓNICA.
  7. Mediante Resolución N° 009-2019-TSC/OSIPTTEL del 10 de mayo de 2019, este Tribunal declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL contra la Resolución N° 016-2019-CCP/OSIPTTEL.
  8. Mediante Oficio N° 386-STCCO/2019 del 4 de julio de 2019, la STCCO solicitó información a la Dirección General de Fiscalizaciones y Sanciones en Comunicaciones del MTC (en adelante, DGFS) respecto a los actuados en el Expediente N° 2018-0423, correspondiente al procedimiento sancionador seguido por dicho Ministerio contra AMÉRICA MÓVIL, por el incumplimiento de las infracciones tipificadas en los numerales 1 y 2 (primera parte) del artículo 87 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en adelante, TUO de la Ley de Telecomunicaciones). La DGFS remitió dicha información mediante Oficio N° 0080-2019-MTC/29 de fecha 9 de julio de 2019.



9. Mediante Oficio N° 405-STCCO/2019 del 12 de julio de 2019, la STCCO solicitó a AMÉRICA MÓVIL remitir información relacionada a los contratos de comercialización que involucraban el uso de la banda 2.6 GHz, suscritos con OLO del Perú S.A.C. (en adelante, OLO) y TVS Wireless S.A.C. (en adelante, TVS) y sobre sus servicios móviles 4G LTE y 4.5G. Por su parte, AMÉRICA MÓVIL entregó dicha información requerida a través de los escritos de fechas de 22 de julio, 7 de agosto y 21 de agosto de 2019.
10. El 15 de noviembre de 2019, AMÉRICA MÓVIL solicitó al CCP el archivo del procedimiento sancionador en vista que el MTC, mediante Resolución N° 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 la segunda parte del numeral 2) del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, referida al uso de frecuencias distintas a las autorizadas.
11. El 9 de diciembre de 2019, la STCCO emitió el Informe Instructivo N° 010-STCCO/2019, a través del cual recomendó al CCP archivar el procedimiento sancionador iniciado contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de las infracciones previstas en los artículos 6 y 14.2, literal b), de la LRCD y, evaluar la pertinencia de realizar una nueva imputación de cargos considerando los cambios producidos en la normativa sectorial sobre el uso y explotación del espectro radioeléctrico, así como los efectos negativos producidos en el mercado móvil.
12. El 15 de enero de 2020, TELEFÓNICA y AMÉRICA MÓVIL presentaron sus comentarios y alegatos al Informe Instructivo N° 010-STCCO/2019.
13. Mediante escrito del 22 de enero de 2020, AMÉRICA MÓVIL adjuntó las Resoluciones Viceministeriales N° 0049-2020-MTC/03 y N° 0050-2020-MTC/03, del 20 de enero de 2020, mediante las cuales el Viceministro de Comunicaciones del MTC otorgó los permisos de arrendamiento de espectro solicitados en conjunto con TVS y OLO para utilizar la Banda 2.6 GHz.
14. Finalmente, luego de que el 22 de enero de 2020 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de los representantes de AMÉRICA MÓVIL y TELEFÓNICA, el CCP emitió la Resolución Impugnada de fecha 6 de febrero de 2020, resolviendo lo siguiente:

**“Artículo Primero.-** Declarar la responsabilidad administrativa de la empresa América Móvil Perú S.A.C., por la comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de infracción a la cláusula general y violación de normas, infracciones tipificadas en los artículos 6º y 14.2.b de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

**Artículo Segundo.-** Sancionar a la empresa América Móvil Perú S.A.C., con una multa de mil cuatrocientos (1400) Unidades Impositivas Tributarias, por la comisión de infracciones muy graves a los artículos 6º y 14.2.b de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

**Artículo Tercero.-** Denegar el pedido de cese de las conductas infractoras a la leal competencia, formulado por Telefónica del Perú S.A.A., en tanto a la fecha, no resulta necesario ordenar medidas adicionales para reestablecer la competencia, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo Cuarto.-** Condenar a América Móvil Perú S.A.C. al pago de los costos del presente procedimiento a favor de la denunciante.



**Artículo Quinto.-** Ordenar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, así como en el portal web institucional del OSIPTEL, una vez que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL, de conformidad con lo establecido por el artículo 33º de la Ley Nº 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.”

15. Entre los argumentos expuestos por el CCP en la Resolución Impugnada se encuentran los siguientes:

Sobre la infracción a la cláusula general de la LRCD

- (i) El 8 de mayo de 2016 AMÉRICA MÓVIL compró el 100% de las acciones de las empresas OLO y TVS, quienes tenían asignado el derecho de uso sobre diversos segmentos de espectro de la Banda 2.6 GHz –a su vez, TVS ya era titular del 100% de acciones de Velatel Perú S.A.C. y Cablevisión S.A.C., empresas que también contaban con asignación de otros segmentos de espectro de la Banda 2.6 GHz <sup>(1)</sup>-; y por otro lado, el 26 de mayo de 2016, AMÉRICA MÓVIL obtuvo la asignación del bloque B de la Banda 700 MHz del espectro radioeléctrico, mediante el concurso público promovido por PROINVERSIÓN. Al respecto, el CCP aprecia que la circunstancia que orientó a AMÉRICA MÓVIL a adquirir dichas empresas fue la posibilidad de utilizar su espectro radioeléctrico.
- (ii) En diciembre de 2017, el MTC aprobó las transferencias de las concesiones y espectro de TC Siglo 21 S.A.A. (en adelante, TC Siglo 21) y de VELATEL a OLO y CABLEVISIÓN a TVS. Asimismo, OLO y TVS incorporaron una adenda a sus respectivos contratos de concesión comprometiéndose a no transferir el espectro radioeléctrico por 3 años desde su suscripción. Por su parte, pese a las restricciones temporales, AMÉRICA MÓVIL solicitó al MTC la transferencia de las concesiones y espectro de OLO y TVS, las que fueron denegadas.
- (iii) Se encuentra acreditado que AMÉRICA MÓVIL adquirió a OLO y TVS, las cuales contaban con el derecho de usar la Banda 2.6 GHz. La adquisición de tales empresas permitió a AMÉRICA MÓVIL utilizar el espectro radioeléctrico con que contaban aquellas. Dicha conclusión corrobora la primera parte de la imputación: la adquisición de empresas titulares de porciones de espectro radioeléctrico.
- (iv) Las acciones de AMÉRICA MÓVIL relacionadas a las solicitudes de transferencia acreditan que tenía pleno conocimiento de las restricciones sectoriales respecto al uso del espectro.
- (v) El acuerdo de comercialización suscrito entre AMÉRICA MÓVIL, OLO, CABLEVISIÓN y TVS no involucran la transferencia o cesión de uso total o parcial del espectro radioeléctrico asignado a las empresas vinculadas de AMÉRICA MÓVIL. Asimismo, estos acuerdos no constituyen instrumentos que autoricen a un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones a utilizar porciones de espectro.

<sup>1</sup> Así lo ha reseñado la empresa en el párrafo 129 de su Escrito N° 2 del 14 de febrero de 2019, mediante el cual presentó sus primeros descargos en el presente PAS.



- (vi) AMÉRICA MÓVIL señaló que la prestación de sus servicios móviles que involucran la Banda 2.6 GHz se origina del contrato de comercialización suscrito con sus empresas vinculadas el 19 de octubre de 2016. Siendo así, AMÉRICA MÓVIL buscó legitimar el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico, sobre la base de un acuerdo de comercialización que tiene una finalidad muy distinta de acuerdo con artículo 138 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, pese a que conocía que requería una autorización previa del MTC para disponer de dicho recurso. Esta situación constituye un fraude a la ley al ser contraria a la regulación sectorial, pues tenía por finalidad eludir las restricciones establecidas en la normativa sectorial respecto a las condiciones y requisitos para el uso y explotación del espectro radioeléctrico.
- (vii) El desarrollo de la estrategia contraria a la buena fe objetiva se evidencia con lo siguiente: (i) haber adquirido empresas titulares de porciones de espectro radioeléctrico; y, (ii) suscribir contratos de comercialización de tráfico y/o servicios que buscaban dar una apariencia de licitud, legitimar o validar, una conducta que en el fondo tenía por finalidad hacer un uso ilícito del espectro radioeléctrico, contrario a la regulación sectorial de telecomunicaciones. Por tanto, el comportamiento de AMÉRICA MÓVIL vulnera la buena fe objetiva.
- (viii) A través de la estrategia infractora, el Grupo AMÉRICA MÓVIL concentraba el 41% de la Banda 2.6 GHz en FDD en Lima y Callao, dado que ningún otro competidor puso acceder a esta banda, pues la totalidad de espectro se encontraba asignada, generando una barrera estratégica a su favor.
- (ix) Mediante los acuerdos de comercialización, se materializó el escenario identificado por el MTC: el 45.29% del espectro disponible en Lima y Callao correspondería a un solo operador. Así, AMÉRICA MÓVIL habría limitado el uso del espectro, haciendo un uso ineficiente y encontrándose en capacidad de acaparar dicho recurso, lo que tenía consecuencias negativas a sus competidores reales y potenciales.

#### Sobre la infracción en la modalidad de violación de normas

- (x) El Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC (en adelante, TUO del Reglamento) reguló, en los artículos 117 y 204, dos títulos habilitantes mediante los cuales el MTC autoriza el uso de frecuencias de espectro radioeléctrico: Resolución Directoral (que asigna determinada frecuencia de espectro radioeléctrico); o, Resolución Viceministerial (que aprueba la transferencia de una concesión y la porción de espectro asociada).
- (xi) El CCP comparte la conclusión del 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 sancionador tramitado bajo el Expediente N° 2018-0667. Ello, debido a que quedó fehacientemente acreditado que AMÉRICA MÓVIL utilizó la Banda 2.6 GHz, sin contar con el título habilitante respectivo.
- (xii) AMÉRICA MÓVIL no acreditó la tenencia de una Resolución Directoral o Viceministerial que le asignase frecuencias o que aprobase la transferencia de la porción de espectro relativa a una concesión, de acuerdo con las exigencias de los artículos 204 y 117 del TUO del Reglamento, obtenida de modo previo a la imputación de cargos. En ese sentido, ha venido utilizando la Banda 2.6 GHz



sin contar con un título habilitante desde noviembre de 2016 hasta el 20 de enero de 2020, cuando AMÉRICA MÓVIL obtuvo los permisos de arrendamiento de espectro. Estos permisos no tienen efecto retroactivo al periodo anterior.

- (xiii) Los procedimientos seguidos por el MTC y el OSIPTEL son de distinta naturaleza. Mientras el MTC imputó a AMÉRICA MÓVIL el uso de frecuencias distintas a las autorizadas por dicha entidad, de acuerdo a la segunda parte del art. 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, el OSIPTEL busca sancionar el hecho que un agente económico obtenga 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.
- (xiv) Los efectos de la cláusula de adecuación de la “Norma que regula el arrendamiento de bandas de frecuencia de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones”, aprobada por Decreto Supremo N° 015-2019-MTC (en adelante, la Norma de Arrendamiento de Espectro) se dan a partir del día siguiente de su entrada en vigencia por 6 meses y no de manera retroactiva. AMÉRICA MÓVIL no ha quedado eximida de responsabilidad administrativa generada con anterioridad a la obtención de los permisos de arrendamiento por el MTC ni del incumplimiento de normas de competencia generadas antes o después de dicho acto.
- (xv) En cuanto a la ventaja significativa obtenida, una aproximación al costo que AMÉRICA MÓVIL pudo ahorrar por el uso ilícito de la Banda 2.6 GHz corresponde a un compromiso de inversión de US\$ 110 millones. También existen un ahorro a nivel de inversión en infraestructura, dado que un operador con mayor disponibilidad de espectro puede lograr un mayor nivel de calidad y/o capacidad con menor inversión en infraestructura.
- (xvi) AMÉRICA MÓVIL obtuvo una mejor posición que sus competidores por motivos distintos a su propia eficiente, que se vio reflejado en el incremento en la velocidad de descarga, el crecimiento en número de líneas que cursan tráfico a través de 4.5G y mejores indicadores de portabilidad que sus competidores.

#### Sobre la medida correctiva

- (xvii) En vista que AMÉRICA MÓVIL cesó la explotación ilícita del espectro en la banda 2.6 GHz, al haber regularizado su situación con la obtención de los títulos habilitantes que le autorizan a hacer uso del espectro de titularidad de OLO y TVS, corresponde denegar la solicitud de que se imponga medida correctiva.

#### **Recurso de Apelación de AMÉRICA MÓVIL**

16. El 27 de febrero de 2020, AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de apelación contra los artículos primero, segundo, cuarto y quinto de Resolución Impugnada <sup>(2)</sup>, solicitando lo siguiente:

<sup>2</sup> En el presente caso, siendo que la Resolución Impugnada constituye la Resolución Final del CCP que puso fin a la instancia, no procedía interponer recurso de reconsideración, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 62 y en el segundo párrafo del artículo 80 del “Reglamento General del OSIPTEL para la Solución



**“PRIMERA PRETENSIÓN:** *Declare NULA la resolución impugnada en el extremo referido a la imputación por el supuesto de violación de normas bajo el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, pues contraviene el Principio de Tipicidad recogido en el artículo 248.4 del TUO de la LPAG. Ello, en tanto que la conducta presuntamente desleal debió ser tipificada como una infracción bajo el literal a) de dicho artículo, al tratarse de una infracción distinta a la ausencia de título habilitante.*

**SEGUNDA PRETENSIÓN:** *En el supuesto negado que se declarase infundada la primera pretensión, REVOQUE la resolución impugnada declarando INFUNDADA la imputación por violación de normas bajo el literal 14.2.b) de la LRCD. Ello, en tanto el MTC como autoridad sectorial ya ha determinado que no ha existido una infracción sectorial por la conducta denunciada.*

**TERCERA PRETENSIÓN:** *Declare NULA la resolución impugnada en el extremo referido a la imputación por la cláusula general, por ser IMPROCEDENTE. Ello, por estar soportada en la misma conducta utilizada como supuesto para imputar violación de normas lo cual contraviene el Principio de Tipicidad y de non bis in idem recogidos en los numerales 4 y 11 del artículo 248 del TUO de la LPAG.*

**CUARTA PRETENSIÓN:** *En el supuesto negado que se declarase infundada la tercera pretensión, declare NULA la resolución impugnada en el extremo referido a la imputación por la cláusula general. Ello, en tanto la misma contraviene el Principio del Debido Procedimiento, recogidos en el artículo 248.2 del TUO de la LPAG, al haber incluido en su razonamiento hechos nuevos y distintos a los que nos fueron informados con la imputación.*

**QUINTA PRETENSIÓN:** *En el supuesto negado que se declarasen infundadas la tercera y cuarta pretensión, REVOQUE la resolución impugnada declarando INFUNDADA la imputación por la cláusula general. Ello, en tanto la adquisición de empresas que poseen espectro en la Banda 2.6 GHz y la posterior suscripción con estas de acuerdos de comercialización que involucran el uso de dicho espectro, no pueden ser consideradas conductas objetivamente contrarias a la buena fe comercial.*

**SEXTA PRETENSIÓN:** *En el supuesto negado que se declarasen infundadas las pretensiones anteriores, declare NULA la resolución impugnada en el extremo referido a la graduación de la sanción por contravenir el artículo 248 del TUO de la LPAG. Ello, en tanto que estando dentro del supuesto de concurso de infracciones ahí previsto, correspondería limitar la sanción total impuesta a la sanción que corresponda a la infracción de mayor gravedad.*

**SÉPTIMA PRETENSIÓN:** *En el supuesto negado que se declarasen infundadas las pretensiones anteriores, MODIFIQUE la resolución impugnada en el extremo referido a la graduación de la sanción y REFORMULE la misma a fin de cumplir con calcular adecuadamente la sanción que correspondería a nuestra empresa por las presuntas infracciones.”*

17. Entre los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL en su recurso de apelación se encuentran los siguientes:

**Sobre la infracción en la modalidad de violación de normas**

- (i) La Resolución Impugnada es nula en el extremo referido a la imputación por el supuesto de violación de normas bajo el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD,

---

de Controversias entre Empresas”, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.





pues contraviene el principio de tipicidad, en tanto debió ser tipificada como una infracción bajo el literal a) al tratarse de una infracción distinta a la ausencia del título habilitante, requiriéndose decisión previa y firme por parte del MTC para la determinación de la infracción. La conducta imputada consiste en haber utilizado una frecuencia distinta a la autorizada, supuesto que encaja en la segunda parte del numeral 2 del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y que no se refiere a la ausencia de título habilitante, por lo que para su determinación se requiere un pronunciamiento previo del MTC.

- (ii) El literal a) del artículo 14.2 de la LRCD establece un estándar general que busca asegurar que la autoridad de competencia no determine la existencia de una infracción a una norma imperativa sectorial, sin tener competencia para ello. Por su lado, el literal b) es un supuesto de acreditación excepcional que invierte la carga de la prueba y permite a la autoridad asumir la existencia de una infracción sectorial, por lo que su aplicación no puede extenderse a cualquier tipo de autorización, sino a aquella sin la cual no podría concurrir en el mercado. Por tanto, la conducta sancionada, consistente en el uso de frecuencias distintas a las autorizadas, no configuraría una infracción en esta modalidad, pues AMÉRICA MÓVIL contaría con una concesión para operar en el mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones.
- (iii) La infracción sectorial consiste en haber utilizado una frecuencia distinta a la autorizada (Banda 2.6 GHz). No es posible que se configure la infracción sectorial descrita bajo un supuesto distinto al descrito en el segundo supuesto del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, pues esta es la norma que tipifica y sanciona como infracción muy grave dicha conducta. Los artículos 117 y 204 del TUO del Reglamento, por su lado, no contemplan como conducta sancionable el uso de frecuencias distintas de las autorizadas.
- (iv) El MTC como autoridad competente para determinar la existencia de infracciones a la Ley de Telecomunicaciones ha determinado mediante dos (2) procedimientos administrativos sancionadores que AMÉRICA MÓVIL no ha incurrido en ninguno de los dos supuestos de infracción contemplados en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones. Por tanto, se cuenta con una decisión previa y firme de la autoridad competente. No puede entenderse que el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD confiere a la autoridad de competencia la facultad de inaplicar o ignorar la decisión de la autoridad sectorial.
- (v) La Norma de Arrendamiento de Espectro –que incluye el plazo de adecuación de los acuerdos de comercialización que permitan el uso de espectro– ha configurado un supuesto de retroactividad benigna al implicar una condición más favorable para AMÉRICA MÓVIL.
- (vi) Con relación a la ventaja significativa, no se habría acreditado que AMÉRICA MÓVIL habría mejorado su posición competitiva en base a la supuesta conducta ilícita por violación de normas, sino que la variación en el mercado se debería al fenómeno de portabilidad (el cual también le habría presentado beneficios a otras empresas de telecomunicaciones como Entel), así como otras medidas como la adquisición y uso de la Banda 700 MHz.
- (vii) No hubo ahorro de costos, debido a que la adquisición de las empresas titulares de la banda de espectro de 2.6 GHz (OLO y TVS) representó una



inversión importante ni se habría acreditado que Telefónica habría sufrido daños producto de un actuar anticompetitivo de forma directa.

### Sobre la infracción a la cláusula general de la LRCD

- (viii) El presente caso es uno que calza y ha sido imputado bajo el supuesto específico de violación de normas y corresponde a una única conducta cuestionada: el uso no autorizado de la Banda 2.6 GHz. No se está ante infracciones separadas que puedan ser valoradas de forma independiente. El empleo conjugado de la imputación por violación de normas e infracción a la cláusula general evidenciaría una vulneración al principio de tipicidad.
- (ix) El CCP, como infracción a la cláusula general, se refiere a una estrategia comercial desleal consistente en la suscripción de contratos de comercialización para “legitimar un uso ilícito del espectro radioeléctrico, contrario a la regulación sectorial de telecomunicaciones”. Lo que se lee de ello es que sería una conducta contraria a los arts. 117 y 204 del TUO del Reglamento, que son los artículos que soportan el supuesto de violación de normas imputado. De esta manera, está sancionando la etapa de planeación (diseño de la estrategia) y de ejecución (uso no autorizado de espectro) de la misma conducta como dos infracciones distintas, lo que vulnera el principio *non bis in idem*.
- (x) La Resolución Impugnada es nula en el extremo referido a la imputación por la cláusula general, en tanto contraviene el principio del debido procedimiento, por insuficiencia en la imputación de cargos y vulnerar el derecho de defensa, al haber incluido en su razonamiento hechos nuevos y adicionales a los informados con la imputación: (i) el presunto acaparamiento de espectro, y (ii) el presunto uso ineficiente de espectro. Si bien la Resolución Impugnada señala que forman parte de la supuesta infracción a la cláusula general, constituyen hechos independientes y diferentes a la adquisición de OLO y TVS y a la suscripción de los contratos de comercialización.
- (xi) La adquisición de empresas y la suscripción de contratos de comercialización no son actos sancionables y no pueden considerarse conductas objetivamente contrarias a la buena fe comercial. No se trató de una estrategia desleal, sino de actuaciones en ejercicio de su libertad empresarial para mejorar y estructurar su oferta comercial.
- (xii) La actuación de buena fe de AMÉRICA MÓVIL se reflejaría en los siguientes hechos: (i) el público conocimiento de la situación de falta de espectro de AMÉRICA MÓVIL; (ii) la adquisición pública de OLO y TVS para la mejora de la situación de AMÉRICA MÓVIL; (iii) los contratos de comercialización para el empleo de espectro fueron puestos en conocimiento del MTC y de OSIPTEL, sin que fueran observados por ninguna autoridad; (iv) los contratos de comercialización fueron celebrados previamente a que AMÉRICA MÓVIL solicitara la transferencia de espectro a su favor en detrimento de OLO y TVS, por lo que no habría intención de ignorar la denegatoria del MTC, (v) el esquema contractual diseñado por AMÉRICA MÓVIL se ejecutó de acuerdo a los términos puestos en conocimiento a las entidades estatales pertinentes.
- (xiii) El MTC confirmó la legalidad de los contratos de comercialización suscritos por América Móvil, OLO y TVS después de las verificaciones técnicas realizadas por el MTC en la red de AMÉRICA MÓVIL a raíz del cuestionamiento por el uso



de la Banda 2.6 GHz sin título habilitante. Por tanto, en el supuesto de que se considerara que la conducta es ilícita, el MTC habría inducido a error a AMÉRICA MÓVIL. Ello configuraría un eximente de responsabilidad.

- (xiv) El MTC ya descartó la configuración de una infracción a partir de la utilización de la Banda 2.6 GHz a partir de los acuerdos de comercialización, por lo que el MTC reconoció la legalidad del esquema contractual que conforma la estrategia de AMÉRICA MÓVIL.

#### Sobre la graduación y determinación de la multa

- (xv) La Resolución Impugnada es nula en el extremo referido a la graduación de la sanción por vulnerar el principio de legalidad, al estar dentro de un supuesto de concurso de infracciones. La conducta desleal imputada es la misma y el cálculo de beneficio ilícito demuestra que para ambas infracciones se basa en la diferencia entre los percibido por AMÉRICA MÓVIL por haber usado la Banda 2.6 GHz sin autorización y lo que hubiera percibido de no haberla usado. En ese sentido, no corresponde aplicar una doble sanción, sino únicamente la de mayor gravedad, que en ningún caso puede superar el máximo legal (700 UIT).
- (xvi) El monto base habría sido sobreestimado en vista de que las rentas mensuales de internet móvil por telefonía móvil durante el 2018 han incluido localidades que ya contaban con cobertura 4G LTE a través de la Banda 700 MHz antes de la celebración de los contratos de comercialización.
- (xvii) El factor de gravedad estimado por el CCP es incorrecto, pues la probabilidad de detección es alta en los escenarios de la conducta de violación de normas y de infracción a la cláusula general en vista de que ambos eran de público conocimiento. Asimismo, no se habría configurado la generación de un daño concurrencial ilícito en los competidores. Por último, la duración de la conducta también estaría sobreestimada, dado de que la conducta debería considerarse concluida cuando entró en vigencia la Norma de Arrendamiento de Espectro.
- (xviii) El monto que debería aplicarse a la conducta de violación de normas asciende a 127.54 UIT y no 700 UIT, y el que debería aplicarse a la presunta conducta de infracción a la cláusula general asciende a 103.74 UIT y no 700 UIT.

#### **Concesorio del Recurso de Apelación**

18. Mediante Resolución N° 008-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 4 de marzo de 2020, el CCP resolvió conceder la apelación interpuesta por AMÉRICA MÓVIL contra la Resolución Impugnada, disponiendo la remisión de los actuados a este Tribunal.

#### **Suspensión de plazos por Emergencia Sanitaria**

19. En el marco de la Emergencia Sanitaria declarada por Decreto Supremo N° 008-2020-SA <sup>(3)</sup>, y conforme a lo ordenado por el numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 026-2020 <sup>(4)</sup>, y las respectivas

<sup>3</sup> Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de marzo de 2020.

<sup>4</sup> Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de marzo de 2020.



prórrogas dispuestas por Decreto Supremo N° 076-2020-PCM <sup>(5)</sup> y Decreto Supremo N° 087-2020-PCM <sup>(6)</sup>, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo, que se encontraban en trámite a la entrada en vigencia de dicho Decreto de Urgencia, fueron suspendidos desde el 16 de marzo al 10 de junio de 2020.

20. Por tanto, siendo que el presente procedimiento recursivo sancionador ante este Tribunal está sujeto a silencio negativo –conforme a lo establecido en el numeral 199.6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General <sup>(7)</sup>- su tramitación se reanudó el 11 de junio de 2020.

### **Absolución de traslado por parte de TELEFÓNICA**

21. El 22 de junio de 2020, mediante comunicación C.00012-STTSC/2020, la Secretaría Técnica de este Tribunal notificó a TELEFÓNICA el traslado correspondiente de la apelación interpuesta por AMÉRICA MÓVIL contra la Resolución Impugnada.
22. El 7 de julio de 2020, TELEFÓNICA absolvió el recurso de apelación, solicitando que dicho recurso sea declarado improcedente o, en su defecto, infundado, atendiendo a los siguientes argumentos:

#### Sobre la infracción en la modalidad de violación de normas

- (i) El Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, TSC) ya confirmó la validez y legalidad de la imputación por el literal b) mediante Resolución N° 009-2019-TSC/OSIPTEL, por lo que este extremo de la apelación constituye cosa decidida.
- (ii) La LRCD no establece una jerarquía o relación de regla/excepción entre los literales a) y b) del artículo 14.2. El legislador dispuso que la infracción queda acreditada tanto vía literal a) como el b), bastando en el segundo caso con verificar la mera ausencia de título habilitante. De aceptarse la tesis de AMÉRICA MÓVIL, se vaciaría de contenido la tipificación del literal b).
- (iii) El literal b) del artículo 14.2 de la LRCD incluye un supuesto sancionador más amplio, el cual incluye a todo aquel título necesario para desarrollar una actividad económica, sin que se limite al concepto de un título habilitante para ingresar al mercado. La Resolución Directoral y Resolución Viceministerial tiene naturaleza de título habilitante, lo que es concordante con el supuesto de hecho tipificado en el referido literal.

<sup>5</sup> Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de abril de 2020.

<sup>6</sup> Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de mayo de 2020.

<sup>7</sup> **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL (en adelante, LPAG):**

**“Artículo 199.- Efectos del silencio administrativo**

(...)

**199.6. En los procedimientos sancionadores, los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en las siguientes instancias resolutivas.”**

(Énfasis agregado)



- (iv) Lo que diferencia el literal a) y b) del artículo 14.2 de la LRCD no es el tipo de título habilitante, sino su naturaleza probatoria. La lógica del literal b) es tener un procedimiento expeditivo en el que se pueda decidir la comisión de la infracción a la LRCD con la sola exhibición del título habilitante.
- (v) El hecho de tener concesión no le otorga el derecho a AMÉRICA MÓVIL de explotar el espectro, su uso solo puede ser concedido por Resolución Directoral o Resolución Viceministerial del MTC.
- (vi) Mediante Resolución N° 009-2019-TSC/OSIPTEL, el TSC confirmó que la naturaleza y finalidad del procedimiento de competencia desleal es distinta e independiente a los procedimientos sancionadores tramitados por el MTC.
- (vii) Para acreditarse el supuesto del literal b) del artículo 14.2 de la LRCD únicamente se debe analizar la norma imperativa que requería la existencia de un título habilitante para desarrollar cierta actividad (que son los artículos 117 y 204 del TUO del Reglamento) y no será necesario acudir al tipo infractor del caso específico.
- (viii) La Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro no configura un supuesto de aplicación del principio de retroactividad benigna, pues esta norma no modificó ni derogó los artículos que regulaban la obligación de contar con una autorización del MTC para explotar el espectro radioeléctrico. Además, no constituye un eximente de responsabilidad, dado que solo demuestra que se suspende la facultad sancionadora del MTC sobre esta conducta durante el periodo de adecuación, pero no exonera de responsabilidad por incumplimientos normativos ocurridos antes o después de dicho periodo.
- (ix) Mediante acciones de supervisión del MTC y del OSIPTEL, ha quedado acreditado que AMÉRICA MÓVIL concurrió en el mercado usando el espectro radioeléctrico de la Banda 2.6 GHz sin contar con el respectivo título habilitante, desde noviembre de 2016 hasta el 20 de enero de 2020.
- (x) El hecho de que AMÉRICA MÓVIL haya concurrido en el mercado sin contar con el título habilitante para el uso del espectro de la Banda 2.6 GHz es prueba suficiente para acreditar la obtención de una ventaja significativa ilícita, pues la acreditación de esta es de tipo objetiva (per se) en los casos de violación de normas según el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD. Sin perjuicio de ello, y de que el CCP sí detalló los factores que demuestran los beneficios obtenidos de la conducta desleal, AMÉRICA MÓVIL no incluyó información que sustente que no existiría un ahorro de costos.

#### Sobre la infracción a la cláusula general de la LRCD

- (xi) No ha habido un uso indebido del carácter residual de la cláusula general, debido a que el CCP ha sancionado conductas distintas que se subsumen en dos tipos infractores de la LRCD. La infracción a la cláusula general no se refiere al uso no autorizado del espectro radioeléctrico, sino que se encuentra determinada por el uso de normas de cobertura para eludir obligaciones dispuestas por el marco normativo (fraude a la ley) y restricciones temporales ordenadas por el MTC a OLO y TVS, en el marco de las solicitudes de transferencia de espectro radioeléctrico. Ello con el objeto de obstruir la competencia, al acaparar el espectro radioeléctrico de la Banda 2.6 GHz.



- (xii) En el supuesto que no existiera una norma imperativa que obligue a contar con una autorización para explotar el espectro radioeléctrico, pero el MTC hubiese impuesto restricciones temporales a OLO y TVS de no transferir el espectro, el uso de un contrato de comercialización con el objeto de eludir el mandato del MTC configuraría una violación al artículo 6 de la LRCD. Así, para imponer una sanción en mérito a la cláusula general no es necesario que exista explotación del espectro sin contar con una autorización y para determinar responsabilidad por violación de normas no es necesario que la empresa despliegue una estrategia a través del uso de mecanismos legales para dar apariencia de licitud al uso de espectro radioeléctrico.
- (xiii) La Resolución Impugnada no ha incluido hechos nuevos, pues el acaparamiento de espectro y el uso ineficiente de este recurso natural fueron mencionados en la resolución que admitió la denuncia y en el informe de actuaciones previas, y AMÉRICA MÓVIL se defendió sobre dichos extremos.
- (xiv) AMÉRICA MÓVIL no pudo asumir de buena fe que el uso de un acuerdo de comercialización la habilitaría a explotar el espectro radioeléctrico de sus empresas vinculadas. Conocía de la exigencia de contar con una autorización previa para su explotación, tal es así que presentó ante el MTC solicitudes de transferencia de espectro antes y después de la suscripción del referido contrato. Siendo así, hizo uso de una estrategia desleal con la finalidad de falsear el proceso competitivo mediante: (i) el fraude a la ley; y, (ii) el incumplimiento de las condiciones impuestas por el MTC respecto del uso de la Banda 2.6 GHz.
- (xv) AMÉRICA MÓVIL utilizó la cobertura legal de un contrato de comercialización con el objeto de simular una relación de reventa, desnaturalizando conscientemente su objeto, a fin de encubrir un uso ilícito del espectro radioeléctrico de sus empresas vinculadas, eludiendo las restricciones legales y temporales impuestas por el MTC. De esta manera, obtuvo una ventaja competitiva por medios distintos a su propia eficiencia, que se materializó en la posibilidad de acaparar el espectro radioeléctrico, contraviniendo los parámetros objetivos de la buena fe.
- (xvi) El MTC no legitimó los acuerdos de comercialización utilizados para aparentar un supuesto uso debido del espectro ni exoneró a AMÉRICA MÓVIL de obtener la autorización del MTC. Asimismo, se debe considerar que de los términos de estos acuerdos no era posible advertir que AMÉRICA MÓVIL se encontraba explotando el espectro asignado a sus vinculadas.

#### Sobre la graduación y determinación de la multa

- (xvii) En el procedimiento se discuten dos conductas independientes que vulneran dos tipos infractores también independientes, por lo que no resulta aplicable el principio de concurso de infracciones que parte de la premisa de la existencia de una misma conducta.
- (xviii) Para calcular la multa, se debe considerar el beneficio ilícito percibido tanto por los nuevos clientes que obtuvo (centros poblados que luego del acuerdo de comercialización percibieron servicios con tecnología 4G), como por aquellos clientes que decidieron mantenerse con AMÉRICA MÓVIL y no migrar a otro operador (dadas las mejoras en velocidad que percibieron por la explotación de la Banda 3.6 GHz).



- (xix) La probabilidad de detección no es alta, pues para detectar esta conducta era necesario que las autoridades acudan a su estación base para determinar si había explotado la Banda 2.6 GHz de manera indebida. Por ello, el MTC tuvo que realizar múltiples inspecciones, al igual que el OSIPTEL. Asimismo, la conducta de AMÉRICA MÓVIL consistió en encubrir sus acciones para eludir la normativa de telecomunicaciones, por lo que tenía apariencia de licitud.

#### Sobre la medida correctiva

- (xx) TELEFÓNICA solicita que ordene a AMÉRICA MÓVIL abstenerse de realizar conductas similares o de efectos análogos que tengan como propósito el uso del espectro radioeléctrico sin contar con un título habilitante para ello.
23. Mediante escrito del 22 de julio de 2020, AMÉRICA MÓVIL presentó tres (3) informes de expertos, a fin de sustentar y ampliar sus argumentos presentados en su recurso de apelación.
24. Mediante escrito del 23 de agosto de 2020, TELEFÓNICA presentó argumentos con relación a los informes remitidos por AMÉRICA MÓVIL en su escrito del 22 de julio de 2020, reiterando las razones por las que solicitan que se declare improcedente o, en su defecto, infundada la apelación interpuesta por la referida empresa.
25. El 13 de noviembre de 2020, AMÉRICA MÓVIL presentó un escrito con argumentos adicionales.
26. El 18 de diciembre de 2020 se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la participación de los representantes de AMÉRICA MÓVIL y TELEFÓNICA, la cual consta en el registro audio visual y forma parte del expediente administrativo.
27. Mediante escrito del 8 de enero de 2021, TELEFÓNICA remitió sus alegatos finales.
28. Mediante escrito del 2 de febrero de 2021, AMÉRICA MÓVIL remitió un escrito adicional en atención al escrito de alegatos finales presentado por TELEFÓNICA, reiterando sus argumentos y solicitando que se tenga presente al resolver.

## **II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN**

29. De lo expuesto en los antecedentes, y teniendo en cuenta las pretensiones formuladas por AMÉRICA MÓVIL en su recurso de apelación, así como lo planteado por TELEFÓNICA en su escrito de absolución de traslado del recurso, este Tribunal considera que las cuestiones en discusión en el presente caso son las siguientes:
- (i) Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Impugnada, en el extremo referido a la imputación por violación de normas bajo el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, por contravención al principio de tipicidad.
  - (ii) De ser el caso, determinar si AMÉRICA MÓVIL incurrió o no en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD.
  - (iii) Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Impugnada, en el extremo referido a la imputación de la cláusula general prevista en el artículo 6 de la LRCD, por contravención al principio de tipicidad y al principio *non bis in*



*ídem*, o por contravención al principio del debido procedimiento por inclusión de hechos nuevos y distintos a los imputados.

- (iv) De ser el caso, determinar si AMÉRICA MÓVIL incurrió o no en un acto de competencia desleal por infracción a la cláusula general, infracción tipificada en el artículo 6 de la LRCD.
- (v) De ser el caso, determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Impugnada en el extremo referido a la graduación de la sanción.
- (vi) De ser el caso, determinar si corresponde confirmar o no la sanción impuesta a AMÉRICA MÓVIL.
- (vii) De ser el caso, determinar si corresponde imponer a AMÉRICA MÓVIL una medida correctiva.

### III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

#### 3.1 SOBRE LA IMPUTACIÓN POR LA COMISIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE NORMAS

##### 3.1.1 Marco normativo y conceptual de los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas: supuesto contenido en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD

- 30. Un acto de competencia desleal es aquel que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que debe orientar la concurrencia de los agentes económicos en el mercado. Esta es la formulación de la cláusula general que se encuentra contenida en el artículo 6 de la LRCD.
- 31. El mencionado cuerpo legislativo ha detallado de forma enunciativa las conductas desleales más comunes, entre las cuales se encuentran los actos de violación de normas. De acuerdo al artículo 14 de la LRCD, esta modalidad de actos de competencia desleal consiste “*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*”<sup>(8)</sup>.
- 32. En ese sentido, tal como se señala en los “**Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas y Desleales en el Ámbito de las Telecomunicaciones**”, aprobados por la Resolución N° 007-2016-TSC/OSIPTEL (en adelante, Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL), se configurará un acto de violación de normas cuando concurren los siguientes requisitos: (i) que se acredite la infracción a una norma de carácter imperativo; (ii) que dicha infracción genere una ventaja significativa para el infractor; y, (iii) que el infractor se valga o pueda valerse de dicha ventaja en el mercado.

8

#### DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – 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.”*





33. A fin de acreditar el primer requisito, el artículo 14.2 de la LRCD prevé dos supuestos bajo los cuales la autoridad de competencia puede acreditar la existencia de la infracción a la norma de carácter imperativo.
34. El primer supuesto o modalidad se encuentra previsto en el literal a) del referido artículo 14.2 de la LRCD, en el cual la infracción a la norma imperativa queda acreditada cuando exista 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. La vulneración a la norma imperativa debe generar una ventaja competitiva al infractor.
35. Por otro lado, la segunda modalidad –que es la que interesa a este caso por haber sido objeto de sanción en la Resolución Impugnada- se encuentra prevista en el literal b) del citado artículo, el cual establece que la infracción queda acreditada cuando un agente económico obligado a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredita documentalmente su tenencia <sup>(9)</sup>.
36. Ello implica que en los casos en que sea aplicable la segunda modalidad, la carga de la prueba se invierte y se traslada al investigado, quien deberá acreditar que cuenta con dichos títulos habilitantes exigidos por las normas imperativas para desarrollar sus actividades empresariales: “autorizaciones”, “contratos” o “títulos” propiamente dichos. Así, en caso de no acreditar la tenencia del título habilitante exigible, por mandato de la ley quedará acreditado que el agente incurre en la infracción de normas imperativas, que es sancionable como acto de competencia desleal. Para tales efectos, la ley ha previsto que, cuando sea necesario, la Autoridad de Competencia requerirá a la Autoridad Competente del sector un informe sobre el caso, con el fin de evaluar la existencia o no del título habilitante correspondiente.
37. En la misma línea, la Exposición de Motivos de la LRCD señala que, para determinar la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas bajo el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, bastará con verificar si el agente investigado cuenta con las respectivas “Autorizaciones” para realizar su actividad económica –entendidas aquí como término genérico que, al igual que el término genérico “Títulos Habilitantes”, comprende tanto a los “contratos” como a las “autorizaciones y “títulos” propiamente dichos, a los que se refiere dicha norma-. De no contar con tal requisito, se determinará la configuración de dicho acto de competencia desleal sin que sea necesario que alguna autoridad declare previamente la ilicitud de la práctica <sup>(10)</sup>.

<sup>9</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL**

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

(...)

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

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

(Énfasis agregado)

<sup>10</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, pág. 21.



38. La Sala de Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, SDC del INDECOPI) también ha señalado en diversos pronunciamientos <sup>(11)</sup> que lo que se comprueba en el segundo supuesto previsto en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD es que el competidor no cuenta con aquellas declaraciones de la autoridad sectorial competente o contratos que le permitan llevar a cabo una actividad económica, lo cual evidencia la existencia de una infracción al ordenamiento respectivo (que exige a los administrados contar con dichas autorizaciones, títulos o contratos) y **un desarrollo irregular de su libre iniciativa privada**. Esta conducta permite al infractor ahorrarse –entre otros- los costos en los que tendría que incurrir para adecuar su negocio a la norma vigente.
39. Así, lo que la norma busca es asegurar que la participación de los competidores en el mercado se realice en igualdad de condiciones, en tanto *“la violación de cualquier norma susceptible de provocar ahorros que permitan al empresario trasladarlos a la lucha concurrencial obteniendo ventajas y rompiendo el principio de igualdad, cabe bajo el supuesto desleal de violación de normas”* <sup>(12)</sup>.
40. Esto último se encuentra relacionado con el segundo requisito del tipo infractor, referido a la obtención de una ventaja competitiva significativa, la cual está vinculada a la disminución o ahorro de costos –real o potencial- que logra la empresa como consecuencia de la infracción a la norma imperativa. Al respecto, los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL han señalado que *“el ahorro de costos del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa le permite alterar las condiciones de competencia, pudiendo así mejorar su posición competitiva en el mercado”*.
41. De esta manera, en distintos pronunciamientos uniformes, el OSIPTEL y el INDECOPI han determinado 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, es decir, *“per-se”*, tan solo porque se verifica que el agente económico no incurre en los costos requeridos para contar con el título habilitante correspondiente, los cuales sí son asumidos por sus competidores <sup>(13)</sup>.
42. Habiendo expuesto las generalidades de los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, bajo el supuesto del literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, corresponde a este Tribunal evaluar los argumentos sobre la nulidad invocada por AMÉRICA MÓVIL en su recurso de apelación, con relación a la imputación efectuada por el CCP bajo este tipo infractor.

### 3.1.2 Sobre la nulidad invocada por presunta vulneración al principio de tipicidad

43. Mediante Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTEL del 26 de diciembre de 2018, el CCP admitió a trámite la denuncia formulada por TELEFÓNICA, dando inicio al presente procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL e

<sup>11</sup> Ver: Resolución N° 044-2020/SDC-INDECOPI de fecha 2 de marzo de 2020; Resolución N° 479-2017/SDC-INDECOPI de fecha 14 de agosto de 2017; Resolución N° 0173-2016/SDC-INDECOPI del 8 de abril de 2016; Resolución N° 140-2016/SDC-INDECOPI de fecha 15 de marzo de 2016; Resolución N° 0200-2016/SDC-INDECOPI de fecha 21 de abril de 2016; Resolución N° 0187-2016/SDC-INDECOPI de fecha 15 de abril de 2016; y, Resolución N° 0488-2016/SDC-INDECOPI de fecha 22 de setiembre de 2016.

<sup>12</sup> KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. “Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal de violación de normas)”. *Revista Themis*, no. 50 (2005), pág. 15.

<sup>13</sup> Ver: Resolución N° 005-2016-CCO/OSIPTEL de fecha 21 de diciembre de 2016; Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 10 de julio de 2014; así como la Resolución N° 0200-2016/SDC-INDECOPI de fecha 21 de abril de 2016; y, Resolución N° 0187-2016/SDC-INDECOPI de fecha 15 de abril de 2016.



imputándole la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, por desarrollar actividades comerciales en el mercado móvil sin contar con la autorización correspondiente otorgada por el MTC para utilizar el espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz.

44. AMÉRICA MÓVIL señala en su recurso de apelación que la STCCO debió encausar la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA bajo el supuesto de violación de normas contemplado en el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD, en lugar de imputar por el literal b) del referido artículo, por lo que se habría vulnerado el principio de tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 248 de la LPAG.
45. Según AMÉRICA MÓVIL, el literal a) establece un estándar general que busca asegurar que la autoridad de competencia no determine la existencia de una infracción a una norma imperativa sin tener competencia para ello; mientras que el literal b) es un supuesto de acreditación excepcional que invierte la carga de la prueba, por lo cual la referencia a “títulos” no puede extenderse a cualquier tipo de autorización, sino únicamente a aquella sin la cual no podría concurrir en el mercado, es decir, la concesión para acceder al mercado de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, con la que sí cuenta AMÉRICA MÓVIL.
46. Por su parte, TELEFÓNICA indica que este Tribunal ya confirmó la validez y legalidad de la imputación por el literal b) mediante la Resolución N° 009-2019-TSC/OSIPTEL, por lo que este extremo constituiría cosa decidida. Asimismo, señala que la LRCD no establece una jerarquía o relación de regla/excepción entre los literales a) y b) del artículo 14.2 de la LRCD, sino que el legislador dispuso que la infracción queda acreditada tanto por el literal a) como por el literal b) del referido artículo.
47. Sobre este extremo, se debe mencionar que la evaluación que realizó este Tribunal mediante la Resolución N° 009-2019-TSC/OSIPTEL del 10 de mayo de 2019, se circunscribió a un análisis meramente formal sobre el cumplimiento de los requisitos que debe cumplir la imputación de cargos formulada por la autoridad administrativa a la empresa investigada. Así, en dicha resolución interlocutoria este Tribunal concluyó que la imputación de cargos formulada por el CCP exponía con claridad el tipo infractor imputado y precisaba las normas específicas que exigirían contar con el título habilitante para usar y explotar el espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz.
48. A diferencia de lo evaluado en dicha oportunidad, en la presente resolución corresponde evaluar si resulta correcta la imputación finalmente establecida por el CCP a AMÉRICA MÓVIL por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, bajo el supuesto del literal b) del artículo 14.2 de la LRCD; o si, como indica AMÉRICA MÓVIL, debió haberse imputado por el literal a) del mencionado artículo, vulnerándose así el Principio de Tipicidad. Por tal motivo, no es posible afirmar que este extremo constituiría cosa decidida, toda vez que el objeto de análisis difiere en una y otra resolución.
49. Ahora bien, el Principio de Tipicidad está reconocido en el numeral 4 del artículo 248 de la LPAG, el cual indica que *“Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía”*. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que, conforme a este principio, las conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, permitiendo a



- los ciudadanos estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos <sup>(14)</sup>.
50. En ese sentido, atendiendo a este principio de la potestad sancionadora administrativa, resulta importante que la autoridad administrativa elija e impute el tipo infractor preciso que corresponda a la conducta presuntamente infractora, es decir, aquella infracción en cuya descripción expresa, detallada y específica mejor encuadre la conducta investigada.
51. Teniendo presente lo anterior, se debe evaluar en qué supuestos corresponde aplicar el literal b) del artículo 14.2 de la LRCO, para lo cual conviene considerar en primer lugar lo dispuesto en la referida norma:
- “Artículo 14.- Actos de violación de normas.-**  
(...)  
14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:
- a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,
- b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente. (...).”
52. En efecto, como señala TELEFÓNICA, la sola lectura de la norma no permite desprender que exista jerarquía entre los citados literales del artículo 14.2 de la LRCO, pues esta permite que la infracción a la norma imperativa quede acreditada por cualquiera de los dos supuestos establecidos por la norma, siempre que se cumplan con los requisitos que estos prevén.
53. Sin embargo, se debe señalar que el OSIPTEL ha reconocido que la infracción a la norma imperativa queda acreditada, como regla general, cuando existe una decisión previa y firme por parte de la autoridad competente, salvo en los casos en que la prueba de la infracción se da con la sola ausencia de los títulos o autorizaciones requeridos, que deberían probar la licitud en el desarrollo de determinada actividad económica <sup>(15)</sup>. Ello también es consistente con los criterios desarrollados por el INDECOPI <sup>(16)</sup>, como veremos seguidamente.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC, de fecha 3 de setiembre de 2019, fundamento 12:

*“b. Principio de tipicidad, en mérito al cual, la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, las conductas [SIC] deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al “arbitrio” de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada.”*

<sup>15</sup> OSIPTEL. *Competencia y Regulación. 20 años de jurisprudencia.* Pág. 117. Disponible en: <https://sociedadtelecom.pe/libros-osiptel/wp-content/uploads/2019/05/competencia-20anos-jurisprudencia.pdf>

*“Así, la nueva ley precisa dos aspectos que eran omitidos en la antigua ley: (i) que la norma infringida que generaba una ventaja debía ser de carácter imperativo; y (ii) que, como regla general, es necesaria la existencia de una decisión previa y firme por parte de la autoridad competente para que se acredite la infracción de la norma, salvo que se trate de los supuestos de competencia prohibida relativa, en las que la prueba de la infracción se da con la ausencia de los títulos o autorizaciones que deberían probar la licitud de su actividad económica.” (Énfasis agregado)*



54. Así, mediante Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI del 22 de setiembre de 2004, el INDECOPI había establecido inicialmente como precedente de observancia obligatoria que *“la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas requiere una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada”*. Este criterio se sustentó sobre la base de los principios de legalidad de la potestad sancionadora y de la estabilidad de la competencia, conforme a los cuales es la autoridad legalmente competente quien deberá determinar de manera previa la existencia de una infracción del marco legal sujeto a supervisión.
55. Sin embargo, posteriormente, el INDECOPI modificó dicho precedente de observancia obligatoria, mediante la Resolución N° 0566-2005-TDC/INDECOPI del 18 de mayo de 2005, reconociendo que la omisión, negativa o imposibilidad de exhibir o entregar las autorizaciones, licencias, contratos u otro título habilitante requerido para la realización de actividades económicas evidencia la existencia de la infracción al ordenamiento jurídico que exige contar con estas, supuesto en el que no se requiere que exista una decisión previa y firme de la autoridad competente para acreditar la referida infracción.
56. Luego de la emisión de dicho precedente administrativo, el 26 de junio de 2008 se publicó la vigente LRCD, en la que se recogió el referido precedente administrativo estableciendo los dos supuestos bajo los cuales queda acreditada la infracción a la norma imperativa, descritos en los precitados literales a) y b) del artículo 14.2.
57. Siendo así, resulta pertinente tomar en consideración lo dispuesto en los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, que indican lo siguiente:

*“Para demostrar la infracción de una norma de carácter imperativo será necesario que el denunciante acredite la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente señalando la existencia de la referida infracción, y siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión. (...)*

*(...)*  
*No obstante lo señalado en el párrafo precedente, conforme a lo establecido por la Ley de Competencia Desleal, no se exigirá que se cuente con un pronunciamiento previo y firme en aquellos casos en los que la infracción de la norma imperativa esté constituida por la concurrencia en el mercado o el desarrollo de una actividad permitida sin contar con los títulos habilitantes requeridos para ello (autorizaciones, contratos o títulos que se requieran obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial). En estos casos, la carga de la prueba se traslada al investigado, quien deberá acreditar que cuenta con dichos títulos habilitantes.”*

(Énfasis agregado)

58. De lo expuesto, se advierte que la LRCD, en efecto, reconoce dos modalidades que permiten demostrar la infracción a una norma imperativa: (i) como regla general, se requiere que exista una decisión previa y firme de la autoridad competente que declare dicha infracción; y (ii), como supuesto especial, no se requiere contar con dicho pronunciamiento previo y firme en los casos de ausencia de título habilitante (autorizaciones, contratos o títulos) necesarios para desarrollar una determinada actividad empresarial, en tanto la infracción se acredita con la omisión, negativa o imposibilidad de exhibir el título habilitante requerido obligatoriamente para ello.

<sup>16</sup> Precedentes de observancia obligatoria: Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI del 22 de setiembre de 2004 y Resolución N° 0566-2005-TDC/INDECOPI del 18 de mayo de 2005.



59. Lo anterior implica que únicamente en los casos de ausencia del título habilitante necesario para desarrollar una determinada actividad empresarial, no se requerirá que exista un pronunciamiento previo y firme de la autoridad competente que determine la infracción a la norma imperativa para poder iniciar un procedimiento administrativo sancionador y, de ser el caso, sancionar por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, bajo el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD. No obstante, de existir dicho pronunciamiento firme y previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, correspondería que la imputación de cargos se realice bajo el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD.
60. En el presente caso, se debe resaltar que, al momento en que el CCP dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador e imputó los cargos a AMÉRICA MÓVIL –lo que ocurrió el 26 de diciembre de 2018 mediante Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTTEL-, no existía una decisión previa y firme del MTC en la que se haya pronunciado sobre el uso, por parte de dicha empresa, de frecuencias de espectro radioeléctrico distintas a las autorizadas <sup>(17)</sup>, por lo cual no correspondía una imputación por el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD, al no cumplirse con los presupuestos previstos en la ley.
61. Ahora bien, AMÉRICA MÓVIL indica que, debido a que el literal b) es un supuesto de acreditación excepcional, no puede extenderse su aplicación a cualquier tipo de autorización, sino únicamente a aquella sin la cual no podría concurrir o acceder al mercado. En tal sentido, la recurrente considera que la conducta denunciada no se subsume en el literal b), dado que, según ella, no consiste en la ausencia del título habilitante para desarrollar la actividad empresarial de prestación de servicios de telecomunicaciones, como es el Contrato de Concesión. Agrega que, en tanto esta empresa sí cuenta con Contrato de Concesión para la prestación de estos servicios, la única infracción que podría imputársele es el uso de frecuencias distintas a las autorizadas, según lo dispuesto en la parte final del numeral 2 del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
62. Por su lado, TELEFÓNICA indica que lo que diferencia el literal a) del literal b) del artículo 14.2 de la LRCD no es el tipo de título habilitante, sino su naturaleza probatoria, pues la lógica del literal b) es tener un procedimiento más expeditivo. De esta manera, el literal b) incluiría a todo título necesario para desarrollar una actividad económica, sin que se limite al título habilitante para ingresar al mercado. Señala también que el hecho de tener concesión no habilita a AMÉRICA MÓVIL a hacer uso de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz.
63. En efecto, como se ha expuesto, la diferencia entre ambos literales es su naturaleza probatoria, pues ambos permiten acreditar, bajo distintos presupuestos, la infracción a la norma imperativa y, por tanto, la existencia de un acto de competencia desleal sancionable. Corresponde pues a este Tribunal analizar si el título habilitante al que se refiere el literal b) se restringe únicamente a aquellos requeridos para ingresar o acceder al mercado, como señala AMÉRICA MÓVIL, o a cualquier título habilitante requerido para desarrollar una actividad empresarial.
64. Conforme al texto del literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, se advierte, en principio, que la norma no diferencia ni restringe esta modalidad a los títulos para ingresar o

<sup>17</sup> Mediante la **Resolución Directoral N° 896-2019-MTC/29.03 de fecha 14 de octubre de 2019**, el MTC se pronunció sobre el segundo procedimiento sancionador iniciado por el MTC contra América Móvil Perú S.A.C., por infracción a la parte final del numeral 2) del artículo 97 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, referida al uso de frecuencias distintas a las autorizadas, entre otras infracciones, en el marco del Expediente N° 2018-0667.



- acceder al mercado, sino que se refiere de manera generalizada a los títulos habilitantes que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial.
65. No obstante, dado que AMÉRICA MÓVIL señala que la asignación que otorga el derecho de uso del espectro radioeléctrico no se subsume en el supuesto previsto en el literal b) referido a la ausencia de título habilitante, corresponde analizar el término “Título Habilitante” desde la perspectiva legal.
66. La Ley N° 26821, “Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales”, dispone que los derechos que otorga el Estado para el aprovechamiento de recursos naturales, como el espectro radioeléctrico <sup>(18)</sup>, se denominan “títulos” <sup>(19)</sup>.
67. Asimismo, conforme a lo precisado en el numeral 21 del artículo 258 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, la denominación de “Títulos Habilitantes” no está restringida a la Concesión, el registro de servicios públicos de telecomunicaciones o el registro de valor añadido –que son los títulos específicos requeridos para acceder al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones-, sino que comprende también a “*otros que establezca la normativa vigente o el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, según corresponda*” <sup>(20)</sup>.

<sup>18</sup> **LEY N° 26821, LEY ORGÁNICA PARA EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES**

**Artículo 3.-** Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

(...)

e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico;

(...) (Énfasis agregado)

<sup>19</sup> **LEY N° 26821, LEY ORGÁNICA PARA EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES**

**Artículo 19.-** Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.

**Artículo 25.-** Pueden concederse diversos títulos de aprovechamiento sostenible sobre un mismo recurso natural. En estos casos, la ley deberá establecer la prelación de derechos y demás normas necesarias para el ejercicio efectivo de tales derechos.

**Artículo 29.-** Las condiciones del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, por parte del titular de un derecho de aprovechamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, son:

a. Utilizar el recurso natural, de acuerdo al título del derecho, para los fines que fueron otorgados, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.

(...)

(Énfasis agregado)

<sup>20</sup> **DECRETO SUPREMO N° 020-2007-MTC – TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL 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:*

(...)

21. La prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, sin contar con los títulos habilitantes necesarios para dicho efecto. Entiéndase como títulos habilitantes a la concesión, el registro de servicios públicos de telecomunicaciones, el registro de valor añadido u otros que establezca la normativa vigente o el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, según corresponda.”

(Énfasis agregado)



68. Inclusive, en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Norma de Arrendamiento de Espectro, se denomina como “Título Habilitante” al “Permiso” que se otorga para el Contrato de Arrendamiento, a fin de permitir el uso del espectro radioeléctrico <sup>(21)</sup>.
69. Más aún, la propia AMÉRICA MÓVIL ha reconocido que la “Asignación” del derecho de uso del espectro constituye, efectivamente, uno de los tipos de “Título” que otorga el MTC en el mercado de telecomunicaciones, tal como lo dejó expreso en la pág. 5 de su Escrito de fecha 07 de agosto de 2018 (cfr. Foja 1442: escrito de descargos al Primer PAS del MTC):

Este mecanismo vigente en Perú de distinción entre título habilitante para prestación de servicios (concesión) y de título para uso de espectro (asignación), ha sido reconocido por la Unión Internacional de Telecomunicaciones – UIT. Así, por ejemplo, el documento

70. Debe entenderse pues que la denominación de “Título” (o “Título Habilitante”, que es el término genérico que comprende a las “autorizaciones”, “contratos” o “títulos” a los que se refiere el literal b del Art. 14.2 de la LRCD), no se limita solo a aquellos que se requieren para ingresar o acceder al mercado, sino que dicha denominación comprende también a los diversos títulos que las normas imperativas exigen obligatoriamente para que los agentes puedan realizar sus diversas actividades empresariales en el mercado, tal como ocurre con la referida “Asignación”, que es el “Título” que las normas imperativas exigen para que las empresas operadoras puedan desarrollar una determinada actividad empresarial: usar el espectro en la prestación de sus servicios de telecomunicaciones.
71. En esta línea, se debe considerar que el desarrollo de una actividad empresarial comprende un conjunto de procesos, operaciones y actividades realizadas por un agente económico que permiten llevar a cabo o concretar la actividad empresarial (sea de prestación de servicios, fabricación, distribución o comercialización de productos, etc.). Entre estas operaciones se encuentra la gestión de recursos con los que cuenta la empresa para desarrollar su actividad empresarial.
72. En este caso, la actividad empresarial consiste en el conjunto de operaciones realizadas por AMÉRICA MÓVIL para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, siendo el espectro radioeléctrico uno de los principales recursos que utiliza esta empresa operadora para prestar sus servicios móviles. Ello implica que, para realizar o llevar a cabo la prestación de estos servicios, AMÉRICA MÓVIL requiere, entre otros aspectos, contar con derechos de uso sobre una porción de espectro radioeléctrico, dado que el uso de este recurso natural es el que le permite prestar sus servicios al usuario final.

21

**DECRETO SUPREMO N° 015-2019-MTC – NORMA QUE REGULA EL ARRENDAMIENTO DE BANDAS DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**

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

(...)

6.2 No se pueden arrendar porciones de bandas de frecuencias entre empresas vinculadas, excepto respecto de frecuencias asignadas a éstas como resultado del reordenamiento de una banda de frecuencias, que se realiza de acuerdo al Reglamento Específico de Reordenamiento de una Banda de Frecuencias, aprobado por Decreto Supremo N° 016-2018-MTC. El permiso otorgado para el contrato de arrendamiento que se origina entre esas empresas es el único título habilitante que les permite el uso del espectro radioeléctrico entre empresas vinculadas.”

(Énfasis agregado)





73. De esta manera, no se aprecia fundamento para restringir la aplicación del literal b) del artículo 14.2 de la LRCD únicamente a aquellos casos en los que no se cuenta con títulos requeridos para ingresar o acceder al mercado. Ello considerando, no solo el texto de la norma, sino también que el desarrollo de una actividad empresarial comprende una serie de operaciones y actividades complejas dirigidas a lograr -como en este caso- la prestación de servicios, siendo que en ciertos casos estas actividades necesarias en el desarrollo de la actividad empresarial requieren contar también con un título habilitante para su realización, como lo exige el uso o explotación del espectro radioeléctrico.
74. Este criterio también fue recogido en los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, en los que se reconoce que el título habilitante al que se refiere el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD es aquel necesario no solo para concurrir en el mercado, sino también para el desarrollo de una actividad permitida, como lo sería el uso de espectro radioeléctrico.

*“no se exigirá que se cuente con un pronunciamiento previo y firme en aquellos casos en los que la infracción de la norma imperativa esté constituida por la concurrencia en el mercado o el desarrollo de una actividad permitida sin contar con los títulos habilitantes requeridos para ello (...).”*  
(Énfasis agregado)

75. De igual manera, de forma referencial se tiene que los “Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial” del INDECOPI, aprobados por Resolución N° 001-2018-LIN-CCD/INDECOPI del 26 de diciembre de 2018, han sido aún más claros en señalar que el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD se refiere a todos aquellos títulos exigibles por una norma imperativa no solo para ingresar al mercado, sino también para realizar alguna actividad necesaria dentro del desarrollo de la actividad económica en cuestión.

*“De manera adicional, la ventaja significativa con relación a este supuesto, se da por el solo hecho de concurrir en el mercado sin la autorización, contrato o título requerido para ingresar al mismo o realizar alguna actividad necesaria dentro del desarrollo de la actividad económica en cuestión.”*  
(Énfasis agregado)

76. Así también lo ha señalado la SDC del INDECOPI, reconociendo que el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD incluye los títulos requeridos también para el legítimo ejercicio de otras actividades que formen parte de su actividad económica.

*“46. En efecto, el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal hace mención a todas aquellas autorizaciones, contratos o títulos exigibles por la norma y que un agente económico necesita para llevar a cabo su actividad económica, lo cual evidentemente está vinculado al ingreso regular al mercado y al legítimo ejercicio de determinadas actividades que formen parte de su actividad económica.” (22)*  
(Énfasis agregado)

77. De esta manera, existen diversos pronunciamientos uniformes de la Comisión de Competencia Desleal (en adelante, CCD) y de la SDC del INDECOPI en los que se declaró responsabilidad administrativa por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, bajo el supuesto contemplado en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, por no acreditar documentalmente la tenencia

<sup>22</sup> Resolución N° 0173-2016/SDC-INDECOPI del 8 de abril de 2016.



de títulos habilitantes distintos a los requeridos para acceder o ingresar a operar en el mercado.

78. Por ejemplo, este es el caso de los “Acuerdos Contractuales de Co-responsabilidad”<sup>(23)</sup>, exigidos por el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo<sup>(24)</sup>; de los “instrumentos de gestión ambiental”<sup>(25)</sup>, exigidos por la Ley N° 27446, Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y otras normas reglamentarias<sup>(26)</sup>; de los “registros sanitarios para elaboración de alimentos y bebidas”<sup>(27)</sup>, exigidos por la Ley N° 26842, Ley General de Salud, así como otras normas<sup>(28)</sup>; y, también, de la obtención de “autorizaciones adicionales para la prestación del servicio de transporte terrestre especial de personas en la modalidad de transporte turístico” en distintas rutas<sup>(29)</sup>, lo cual se encuentra regulado por el Reglamento Nacional de Administración de Transporte, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2009-MTC, y sus modificatorias<sup>(30)</sup>.
79. De los supuestos mencionados, cabe resaltar los casos vinculados con la obtención de autorizaciones para la prestación del servicio de transporte turístico. En dichos supuestos, el INDECOPI declaró responsabilidad por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas bajo el literal b) del

<sup>23</sup> Ver: (i) Res. N° 0282-2013/SDC-INDECOPI del 18 de febrero de 2013 (Exp. N° 145-2011/CCD: Procedimiento seguido por Repsol YPF Comercial del Perú contra Fulgas Planta Envasadora de G.L.P. S.A.; (ii) Res. N° 0200-2016/SDC-INDECOPI del 21 de abril de 2016 (Exp. N° 0110-2014/CCD: Procedimiento seguido por Llama Gas Pucallpa S.A. contra GLP Amazónica S.A.C.); (iii) Res. N° 0411-2016/SDC-INDECOPI del 8 de agosto de 2016 (Exp. N° 001-2015/CD1: Procedimiento seguido por Repsol Gas del Perú S.A. contra Victoria Juan Gas S.A.C.; (iv) Res. N° 0123-2017/SDC-INDECOPI del 6 de marzo de 2017 (Exp. N° 0010-2016/CD1: Procedimiento seguido por Solgas S.A. contra G.C. Multigas E.I.R.L.; y, (v) Res. N° 129-2017/SDC-INDECOPI del 7 de marzo de 2017 (Exp. N° 0009-2016/CD1: Procedimiento seguido por Solgas S.A. contra Selgas S.A.C.).

<sup>24</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 001-94-EM.

<sup>25</sup> Ver: (i) Res. N° 021-2015/CD1-INDECOPI del 17 de junio de 2015 (Exp. N° 246-2013/CCD: Procedimiento seguido por Sociedad Nacional de Industrias contra Agro Industrias Ricosol E.I.R.L.; (ii) Res. N° 0140-2016/SDC-INDECOPI del 15 de marzo de 2016 (Exp. N° 244-2013/CCD: Procedimiento seguido por Sociedad Nacional de Industrias contra Oleaginosa Perú S.R.L.; (iii) Res. N° 0144-2016/SDC-INDECOPI del 17 de marzo de 2016 (Exp. N° 245-2013/CCD: Procedimiento seguido por Sociedad Nacional de Industrias contra Industrias Belsa S.A.C.; (iv) Res. N° 0173-2016/SDC-INDECOPI del 8 de abril de 2016 (Exp. N° 249-2013/CCD: Procedimiento seguido por Sociedad Nacional de Industrias contra Diomedes Lloclla Peralta; (v) Res. N° 0461-2016/SDC-INDECOPI del 8 de septiembre de 2016 (Exp. N° 245-2013/CCD: Procedimiento seguido por Sociedad Nacional de Industrias contra Procesadora de Alimentos Cielo S.A.C.; (vi) Res. N° 0012-2018/SDC-INDECOPI del 15 de enero de 2018 (Exp. N° 007-2016/CCD: Procedimiento seguido por Caudal – Instituto de Protección al Consumidor contra Sky Foods S.A.C.; y, (vii) Res. N° 0154-2019/SDC-INDECOPI del 22 de agosto de 2019 (Exp. N° 026-2018/CCD: Procedimiento seguido por Juan Chipana Palomino contra Master con GS E.I.R.L.

<sup>26</sup> Como el Reglamento de Protección Ambiental para el Desarrollo de Actividades de la Industria Manufacturera, aprobado por Decreto Supremo N° 019-97-ITINCI, y el Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE.

<sup>27</sup> Ver: Res. N° 070-2019/CCD-INDECOPI del 29 de mayo de 2019 (Exp. N° 149-2018/CCD: Procedimiento seguido por el Instituto de Protección al Consumidor – Caudal contra Energy Nutrition S.A.C.).

<sup>28</sup> Tal es el caso de la Ley de la Inocuidad de los Alimentos, aprobado por Decreto Legislativo N° 1062, y el Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas, aprobado por Decreto Supremo N° 007-98-SA.

<sup>29</sup> Ver: (i) Res. N° 008-2015/CCD-INDECOPI del 28 de enero de 2015 (Exp. N° 182-2012/CCD: Procedimiento seguido por Empresa de Transportes Dorado Express E.I.R.L. contra Servicios J & G S.A.C.; y, (ii) Res. N° 106-2017/CCD-INDECOPI del 13 de septiembre de 2017 (Exp. N° 261-2011/CCD: Procedimiento seguido por Corporación de Empresas de Transporte Interprovincial de Pasajeros en Ómnibus por Carretera, Propietarios de Counters del Terminal Terrestre de Arequipa S.A. contra Empresa de Transporte y Turismo El Pedregal S.R.L.

<sup>30</sup> El Reglamento Nacional de Administración de Transporte fue modificado por el Decreto Supremo N° 003-2012-MTC.



- artículo 14.2 de la LRCD, en vista de que la empresa imputada solo habría acreditado la tenencia de una única autorización que se limitaría a permitir que el servicio de transporte turístico sea prestado en una sola ruta, cuando, en la realidad, se habría prestado dicho servicio en más rutas que la señalada expresamente en su título habilitante. Ello constituiría una vulneración a lo dispuesto en el artículo 41 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte. De esta manera, es posible advertir que la autorización de cada ruta de transporte turístico es requerida para realizar las actividades necesarias dentro de la actividad empresarial de transporte público terrestre.
80. Igualmente, es importante remarcar los precitados casos relacionados con los Acuerdos Contractuales de Co-responsabilidad para el envasado de GLP. En estos, el INDECOPI declaró responsabilidad por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas bajo el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, dado que la empresa denunciada no acreditó la tenencia del Acuerdo de Co-responsabilidad. Dicho título habilitante es exigido por los artículos 47 y 49 del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo para que la empresa envasadora pueda pintar, rotular o envasar cilindros previamente rotulados por otra empresa. Así, se advierte que en esos casos el título habilitante (Acuerdo Contractual de Co-Responsabilidad) no es el requerido para ingresar o acceder al mercado, sino para realizar actividades necesarias dentro de la actividad empresarial de comercialización de gas licuado de petróleo (como rotular, envasar y pintar cilindros).
81. De esta manera, **dichos pronunciamientos reiterados y uniformes del INDECOPI – tanto los criterios resolutivos de la CCD como la línea jurisprudencial de la SDC-, permiten evidenciar que el supuesto infractor previsto en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD no está restringido únicamente a aquellos títulos habilitantes requeridos para ingresar o acceder al mercado, como pretende sostener AMÉRICA MÓVIL, sino que comprende efectivamente a cualquier título habilitante requerido para desarrollar una actividad empresarial en el mercado.**
82. Por todo lo expuesto, contrario a lo indicado por AMÉRICA MÓVIL, este Tribunal considera que el supuesto previsto en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD se refiere a todos los títulos obligatoriamente requeridos para realizar una determinada actividad empresarial, sin restringir su ámbito de aplicación a aquellos casos referidos a títulos requeridos para el ingreso o acceso al mercado.
83. En ese sentido, se puede concluir que, para que proceda la imputación por el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD como supuesto de acreditación de la infracción a una norma imperativa, deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que existe una norma de carácter imperativo que obligue a contar con un título habilitante para desarrollar una actividad empresarial (el que no se restringe al requerido para el acceso al mercado); y, (ii) que los hechos imputados consistan en el desarrollo de una actividad empresarial sin contar con el referido título habilitante.
84. En el caso concreto, como se ha señalado previamente, el CCP imputó a AMÉRICA MÓVIL la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por hacer uso del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz sin contar con el título habilitante correspondiente, ya sea una Resolución Directoral o una Resolución Viceministerial emitida por el MTC, de acuerdo con las exigencias de los artículos 204 y 117 del TUO del Reglamento, las cuales son de obligatorio cumplimiento.



85. Cabe resaltar que, en este acápite referido a la presunta vulneración al principio de tipicidad, únicamente corresponde evaluar si la conducta imputada por el CCP puede encuadrar en el tipo infractor imputado -actos de violación de normas, según lo previsto en el artículo 14.2.b) de la LRCD-, el cual ha considerado como parte de su configuración la infracción a los artículos 117 y 204 del TUO del Reglamento. Por tanto, no corresponde en este extremo efectuar el análisis de fondo sobre la configuración de la conducta, lo que incluye evaluar si los referidos artículos del TUO del Reglamento son, en efecto, las normas imperativas vulneradas en el presente caso.
86. De acuerdo con lo anterior, se verifica que (i) para hacer uso o explotar el espectro radioeléctrico se requiere contar con un título habilitante emitido por el MTC; y, (ii) los hechos imputados consisten en el desarrollo de una actividad empresarial, como es la prestación de servicios móviles usando una porción de espectro radioeléctrico en una banda de frecuencias no autorizada por el MTC (Banda 2.6 GHz).
87. En ese sentido, se advierte que los hechos investigados efectivamente encuadran en el tipo infractor previsto en el literal b) del numeral 14.2 del artículo 14 de la LRCD, por lo que, contrariamente a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, no resultaba exigible encausar la denuncia por el literal a) del referido artículo.
88. Por todo lo anterior, este Tribunal considera que es correcta la imputación de cargos efectuada a AMÉRICA MÓVIL por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, por el desarrollo de la actividad empresarial de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, haciendo uso de una porción de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz sin contar con el título habilitante correspondiente; por lo que no existe una vulneración al principio de tipicidad que conlleve a la nulidad de la Resolución Impugnada en este extremo. En consecuencia, corresponde declarar infundada la primera pretensión impugnatoria de AMÉRICA MÓVIL.

### **3.1.3 Evaluación de la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas**

89. Como se ha indicado previamente, de acuerdo con el artículo 14 de la LRCD y con los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, para que se configure un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, se requiere acreditar los siguientes elementos:
- (i) Que se acredite la infracción a una norma de carácter imperativo.
  - (ii) Que dicha infracción genere una ventaja significativa para el infractor.
  - (iii) Que el infractor se valga o pueda valer de dicha ventaja en el mercado.
90. Atendiendo a ello, corresponde a este Tribunal evaluar si en el presente caso concurren los mencionados requisitos, a fin de determinar si AMÉRICA MÓVIL incurrió o no en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

#### **3.1.3.1 Sobre la presunta infracción a una norma imperativa**

91. Sobre el primer requisito del tipo infractor evaluado, los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL señalan que se debe determinar si la norma cuya infracción genera la ventaja competitiva es de carácter imperativo. En ese sentido, considerando que la evaluación de la conducta imputada se realiza atendiendo al supuesto previsto



en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, la infracción a la norma imperativa se acredita al comprobar los siguientes elementos:

- (i) Que existe una norma de carácter imperativo que obliga a un agente económico a contar con un título habilitante para desarrollar una determinada actividad empresarial; y,
- (ii) Que el agente económico realiza dicha actividad empresarial sin contar con el referido título habilitante.

92. Trasladando lo anterior al caso concreto, corresponde determinar (i) si existe una norma de carácter imperativo que obliga a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones a contar con un título habilitante para explotar o hacer uso de frecuencias de espectro radioeléctrico; y, (ii) si AMÉRICA MÓVIL desarrolló su actividad empresarial de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones haciendo uso de una porción de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz sin contar con el título habilitante requerido para ello.

#### **A) Sobre la norma imperativa que exige contar con títulos habilitantes para utilizar el espectro radioeléctrico**

93. Conforme al artículo 57 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, el espectro radioeléctrico es un recurso natural cuya utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectúa según las condiciones señaladas en dicha ley y en su reglamento <sup>(31)</sup>, es decir, tanto en la ley como en el TUO del Reglamento se establecen los requisitos y condiciones para el uso del espectro radioeléctrico por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.
94. Asimismo, el mismo cuerpo normativo establece que el MTC es la autoridad competente para administrar el uso, asignar frecuencias y controlar el espectro radioeléctrico <sup>(32)</sup>. A fin de realizar adecuadamente esas funciones, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones también otorgó a esta entidad la función de aplicar y hacer cumplir la referida ley y su reglamento, así como la de ejercer las facultades inspectoras y sancionadoras previstas en la mencionada norma <sup>(33)</sup>.

<sup>31</sup> **DECRETO SUPREMO N° 013-93-TCC – TEXTO ÚNICO ORDENADO 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>32</sup> **DECRETO SUPREMO N° 013-93-TCC – TEXTO ÚNICO ORDENADO 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.

**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:  
(...)

9.- Administrar el uso del espectro radioeléctrico y elaborar y aprobar el Plan Nacional de Asignación de Frecuencias.

10.- Organizar el sistema de control, monitoreo e investigación del espectro radioeléctrico.

<sup>33</sup> **DECRETO SUPREMO N° 013-93-TCC – TEXTO ÚNICO ORDENADO 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.  
(...)

16.- Aplicar y hacer cumplir la presente Ley, sus reglamentos y demás disposiciones conexas.



95. Siendo así, atendiendo a la habilitación legal establecida el artículo 57 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, el TUO del Reglamento desarrolla los requisitos y condiciones para la utilización del espectro radioeléctrico, reglamentando los títulos habilitantes requeridos a los operadores de los servicios públicos de telecomunicaciones que hagan uso de este.
96. Mediante el artículo 204 del TUO del Reglamento se establecieron las condiciones para el uso del espectro radioeléctrico, disponiendo que su uso requiere de una concesión o autorización para prestar el servicio de telecomunicaciones correspondiente, así como de la asignación de este mediante resolución directoral del órgano competente del MTC, en caso se trate de servicios públicos de telecomunicaciones <sup>(34)</sup>.
97. En otras palabras, para hacer uso del espectro radioeléctrico a fin de prestar servicios públicos de telecomunicaciones se requiere contar con dos (2) títulos habilitantes: (i) la concesión para la prestación de aquellos servicios; y, (ii) una resolución directoral del MTC que asigne una determinada frecuencia de espectro radioeléctrico, como consecuencia de la realización del respectivo concurso público <sup>(35)</sup>.
98. Por otro lado, el artículo 117 del TUO del Reglamento estableció que las concesiones y asignaciones de espectro radioeléctrico relativas a aquellas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del MTC, la cual será formalizada mediante resolución viceministerial <sup>(36)</sup>. Es decir, la mencionada norma establece la

---

34 **DECRETO SUPREMO N° 020-2007-MTC – TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES**

**Artículo 204.- Condiciones para el uso del espectro radioeléctrico**

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.  
(Énfasis agregado)

35 **DECRETO SUPREMO N° 020-2007-MTC – TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL 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 Callao. 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.

36 **DECRETO SUPREMO N° 020-2007-MTC – TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL 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.



posibilidad de transferir las concesiones y las respectivas asignaciones de espectro radioeléctrico, permitiendo así hacer uso del espectro radioeléctrico que había sido inicialmente asignado a otra empresa operadora, siempre que se cuente con una resolución viceministerial del MTC mediante la cual apruebe previa y expresamente dicha transferencia.

99. La obligatoriedad del cumplimiento de dicha disposición se resalta en la parte final del mencionado artículo, en el que se señala que 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.
100. De esta manera, coincidiendo con el CCP, se advierte que el TUO del Reglamento, a través de sus artículos 117 y 204, reguló las condiciones de uso del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, exigiendo que las empresas operadoras cuenten con alguno de los siguientes títulos habilitantes emitidos por el MTC de manera previa a su uso:
- (i) Resolución Directoral que asigne determinada frecuencia de espectro radioeléctrico mediante el concurso público correspondiente.
  - (ii) Resolución Viceministerial que apruebe la transferencia de una concesión y de las asignaciones de espectro radioeléctrico relativas a aquella.
101. Así también ha sido reconocido por el MTC mediante Informe N° 2037-2018-MTC/27<sup>(37)</sup>, por el cual la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC (en adelante, DGCC) confirmó que todo asunto relacionado al uso de espectro radioeléctrico debe ser aprobado expresamente por el MTC y que las habilitaciones para su uso se otorgan únicamente a través de una Resolución Directoral (para el caso de asignación de espectro radioeléctrico) o una Resolución Viceministerial (para el caso de transferencia concesión y el espectro radioeléctrico asociado a esta), tal como se muestra a continuación:

*“Estando a lo señalado, se aprecia que la normativa que regula los servicios públicos de telecomunicaciones señala que los actos administrativos que facultan el uso del espectro radioeléctrico son la Resolución Directoral (para el caso de asignación de espectro radioeléctrico) y la Resolución Viceministerial (para el caso de transferencia de concesión con espectro radioeléctrico), que cualquier asunto relacionado con el uso del espectro radioeléctrico debe ser aprobado expresamente por el MTC como administrador de dicho recurso natural, conforme lo prevé el artículo 199 del TUO del Reglamento, y que actualmente, además de los ya mencionados, no existen otros mecanismos que faculten el uso del espectro radioeléctrico”.*

(Énfasis agregado)

---

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.

(Énfasis agregado)

<sup>37</sup> Remitido mediante Oficio N° 21157-2018-MTC/27, recibido el 24 de octubre de 2018, en respuesta al Oficio N° 305-STCCO/2018 del 2 de octubre de 2018, mediante el cual la STCCO requirió a la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC informar, entre otros aspectos, si el MTC había aprobado la transferencia de espectro radioeléctrico de CABLEVISIÓN, TVS y otras empresas de telecomunicaciones en la Banda 2.6 GHz a favor de AMÉRICA MÓVIL.



102. En este orden de ideas, dichos títulos habilitantes eran los únicos que permitían hacer uso de frecuencias de espectro radioeléctrico hasta el 28 de mayo de 2019, fecha en que se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Norma de Arrendamiento de Espectro, dado que el 29 de mayo de 2019 la mencionada norma entró en vigencia, regulando el arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
103. En ese sentido, la Norma de Arrendamiento de Espectro otorgó a los concesionarios de los servicios públicos de telecomunicaciones que cuentan con asignación de espectro radioeléctrico la facultad de arrendarlo a otros concesionarios previo permiso emitido por el Despacho Viceministerial de Comunicaciones del MTC <sup>(38)</sup>.
104. Se debe resaltar que la Norma de Arrendamiento de Espectro definió el permiso de arrendamiento como un acto administrativo por el cual el MTC autoriza a un titular del 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 <sup>(39)</sup>.
105. Asimismo, precisó que el permiso otorgado para el contrato de arrendamiento de espectro radioeléctrico, que se origina entre empresas de servicios públicos de telecomunicaciones, es el único título habilitante que permite el uso de espectro radioeléctrico entre empresas vinculadas <sup>(40)</sup>.

38

**DECRETO SUPREMO N° 015-2019-MTC – NORMA QUE REGULA EL ARRENDAMIENTO DE BANDAS DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES****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.

(...)

(Énfasis agregado)

39

**DECRETO SUPREMO N° 015-2019-MTC – NORMA QUE REGULA EL ARRENDAMIENTO DE BANDAS DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES****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)

40

**DECRETO SUPREMO N° 015-2019-MTC – NORMA QUE REGULA EL ARRENDAMIENTO DE BANDAS DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES****Artículo 6.- Condiciones para el arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico**

(...)

6.2 No se pueden arrendar porciones de bandas de frecuencias entre empresas vinculadas, excepto respecto de frecuencias asignadas a éstas como resultado del reordenamiento de una banda de frecuencias, que se realiza de acuerdo al Reglamento Específico de Reordenamiento de una Banda de Frecuencias, aprobado por Decreto Supremo N° 016-2018-MTC. El permiso otorgado para el contrato de arrendamiento que se origina entre esas empresas es el único título habilitante que les permite el uso del espectro radioeléctrico entre empresas vinculadas.

(...)

(Énfasis agregado)





106. En esa línea, en el artículo 18 de la Norma de Arrendamiento de Espectro, dispuso que el permiso de arrendamiento de espectro radioeléctrico, 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, en la que se establecen las condiciones, obligaciones y compromisos de acuerdo con el artículo 14 de la Norma de Arrendamiento de Espectro <sup>(41)</sup>.
107. De esta manera, en concordancia con lo dispuesto en la Norma de Arrendamiento de Espectro, se incorporó en el TUO del Reglamento como infracción muy grave, entre otras conductas, el arrendar una porción de banda de frecuencias y/o permitir el uso de dicha porción de espectro radioeléctrico sin el permiso previo y expreso del órgano competente del MTC, ya sea dentro o fuera de su grupo económico <sup>(42)</sup>.
108. Cabe mencionar que el numeral 32 de los “Lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú”, aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC (en adelante, Lineamientos de Política de Apertura), también reconocen que la transferencia, cesión u otorgamiento del derecho de uso de cualquier título de concesiones y asignación del espectro radioeléctrico, e incluso el arrendamiento de

41

**DECRETO SUPREMO N° 015-2019-MTC – NORMA QUE REGULA EL ARRENDAMIENTO DE BANDAS DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**

**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:

Expansión de infraestructura.

- Ampliación de la cobertura en zonas que carecen de acceso a servicios públicos de telecomunicaciones.
- Mejora en los servicios a prestar según el avance tecnológico.
- Brindar, de manera gratuita, conectividad a entidades públicas, tales como hospitales, centros de salud, centros educativos o similares.
- 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.

(...)

(Énfasis agregado)

42

**DECRETO SUPREMO N° 020-2007-MTC – TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL 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:

(...)

13. Arrendar una porción de banda de frecuencias y/o permitir el uso de dicha porción de espectro radioeléctrico, sin el permiso previo y expreso del órgano competente del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ya sea fuera o dentro de su grupo económico. Esta infracción comprende como sujeto infractor al arrendador y al arrendatario, o quienes hagan sus veces.

(...)

(Énfasis agregado)

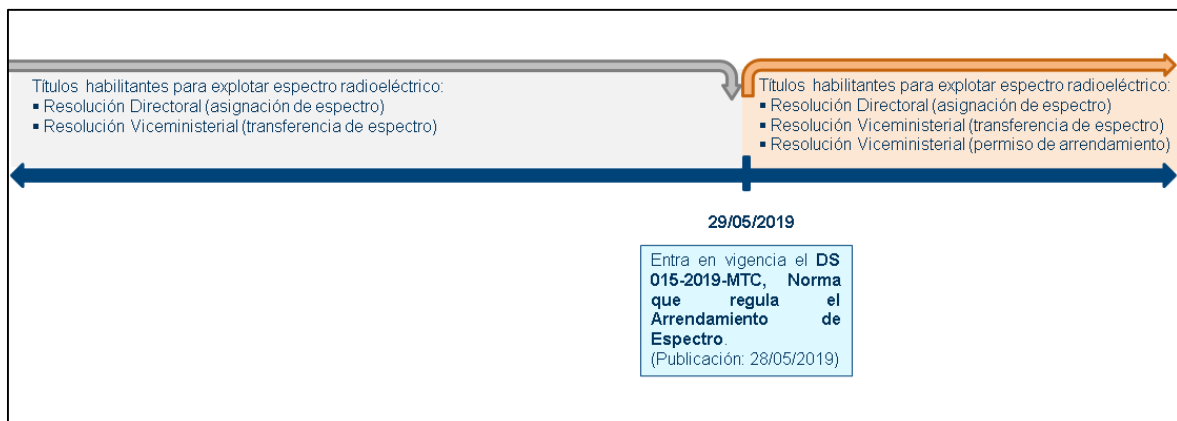
espectro -regulado recién en 2019 a través de la mencionada Norma de Arrendamiento de Espectro- requieren de la autorización previa del MTC <sup>(43)</sup>.

109. De acuerdo con lo anterior, se advierte que, a partir de la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro el 29 de mayo de 2019, el marco normativo imperativo que regula las obligaciones y condiciones de uso del espectro radioeléctrico introdujo un título habilitante adicional a los dos (2) previstos anteriormente, que permite también el uso de frecuencias de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones. De esta manera, a partir de la mencionada fecha, el concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones que desee hacer uso del espectro radioeléctrico para la prestación de sus servicios requerirá de alguno de los siguientes títulos habilitantes:

- (i) Resolución Directoral que asigne determinada frecuencia de espectro radioeléctrico mediante el concurso público correspondiente, de acuerdo con el artículo 204 del TUO del Reglamento.
- (ii) Resolución Viceministerial que apruebe la transferencia de una concesión y de las asignaciones de espectro radioeléctrico relativas a aquella, de acuerdo con el artículo 117 del TUO del Reglamento.
- (iii) Resolución Viceministerial que otorgue el permiso de arrendamiento de espectro radioeléctrico, de acuerdo con el artículo 18 de la Norma de Arrendamiento de Espectro.

110. Lo anterior se ve ilustrado de la siguiente manera:

**Gráfico N° 1: Títulos habilitantes requeridos para el uso de espectro radioeléctrico**



Elaboración: STTSC.

111. Se debe resaltar que las referidas normas son de obligatorio cumplimiento, y su incumplimiento constituye, inclusive, infracciones muy graves. En ese sentido, considerando que una norma imperativa es aquella “que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria” <sup>(44)</sup>, o,

<sup>43</sup> **DECRETO SUPREMO N° 020-98-MTC – LINEAMIENTOS DE POLÍTICA DE APERTURA DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES DEL PERÚ**

32. En caso de transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso de cualquier título de concesiones y asignación del espectro, se requerirá la autorización previa del MTC, el que no podrá denegarlo sin causa justificada.  
(Énfasis agregado)

<sup>44</sup> RUBIO, Marcial. “*El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*”. Décima edición. Lima: Fondo Editorial de la PONTIFICIA Universidad Católica del Perú, 2011, pág. 99.



en otros términos, aquellas establecidas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto pasivo de la norma, en tanto no le está permitido dejarlas sin efecto con sus actos privados <sup>(45)</sup>, es posible afirmar que las normas citadas en este acápite, que establecen los títulos habilitantes requeridos para hacer uso de determinadas frecuencias de espectro radioeléctrico, tienen el carácter de norma imperativa.

112. Por otro lado, AMÉRICA MÓVIL indica que la infracción que se habría denunciado realmente consiste en aquella prevista en el numeral 87.2 del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, referida al uso de frecuencias del espectro radioeléctrico distintas a las autorizadas, en tanto esta es la norma que tipifica y sanciona dicha conducta como infracción grave, cuya evaluación corresponde al MTC. Agrega que no se podría afirmar que hubo una infracción a los artículos 117 o 204 del TUO del Reglamento, pues estas normas no contemplan como conducta sancionable el uso de frecuencias distintas a las autorizadas.
113. Al respecto, cabe señalar que los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas exigen acreditar, en efecto, la infracción a una norma imperativa; sin embargo, como se ha señalado, la LRCD establece con claridad dos tipos infractores bajo los cuales queda acreditada la violación de normas.
114. Bajo el primer tipo infractor, contemplado en el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD, para acreditar la infracción a la norma imperativa se requiere que la autoridad sectorial competente determine la infracción mediante una decisión previa y firme, para lo cual evidentemente, por respeto al principio de legalidad y tipicidad, deberá imputar y determinar la comisión de una infracción expresamente tipificada en una norma que describa la conducta sancionable y la sanción administrativa conectada a esta.
115. Sin embargo, en el segundo tipo infractor contemplado en el literal b) del mismo artículo, la LRCD permite a la autoridad de competencia tener por acreditada la infracción cuando el agente económico obligado, por norma imperativa, a contar con una autorización, contrato u otro título requerido para realizar una actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En otras palabras, lo que se comprueba es que el competidor no cuenta con el título habilitante otorgado por la autoridad sectorial competente que le permite llevar a cabo lícitamente su actividad económica, lo que evidencia la existencia de una infracción al marco normativo imperativo que exige contar con este.
116. En estos términos, según el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, la norma infringida requiere únicamente tener carácter imperativo y contemplar la obligación de contar con un título habitante para el desarrollo de una actividad empresarial, mas no requiere prever un tipo infractor asociado a una sanción ni exige esperar al pronunciamiento de la autoridad sectorial competente, pues, de lo contrario, se vaciaría de contenido a esta modalidad, en tanto la autoridad de competencia no podría sancionar los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas sin contar con una decisión previa y firme de la autoridad sectorial competente que se pronuncie sobre el tipo infractor específico.
117. En este punto, conviene indicar que la Exposición de Motivos de la LRCD es clara en señalar que para determinar la comisión del acto de competencia desleal bajo el literal b) basta con verificar si el agente investigado cuenta con las autorizaciones respectivas para realizar la actividad económica.

<sup>45</sup> TORRES, Aníbal. "Introducción al Derecho". Tercera Edición. Lima: Editorial IDEMSA, 2008, págs. 267-268.



“(…) para determinar dicha práctica [literal b)] *bastará con verificar si el agente investigado cuenta con las autorizaciones respectivas para realizar su actividad económica. De no contar con dicho requisito, se determinará la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas sin que sea necesario que alguna autoridad declare previamente la ilicitud de dicha práctica.*” <sup>(46)</sup> (Énfasis agregado)

118. Así también, resulta pertinente mencionar los casos previamente citados de Solgas y Llamagas, en los cuales el INDECOPI consideró como normas imperativas vulneradas las previstas en los artículos 47 y 49 del Reglamento de Comercialización de Gas Licuado, normas que no contenían la tipificación de una infracción a la normativa sectorial, sino únicamente la obligación de contar con el Acuerdo Contractual de Co-responsabilidad para pintar y envasar cilindros previamente rotulados por otra empresa. De esta manera, se aprecia que el INDECOPI tampoco comparte el criterio expuesto por AMÉRICA MÓVIL.
119. Por lo expuesto, se puede concluir que, contrariamente a lo indicado por AMÉRICA MÓVIL, la sanción por la comisión de actos de violación de normas por el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD no requiere que la norma imperativa esté tipificada como infracción en la normativa sectorial, sino que es la propia LRCD la que tipifica la infracción en el referido literal b) de dicho texto legal.
120. Asimismo, cabe señalar que, tal como ha señalado este Tribunal en un pronunciamiento anterior en el marco de este procedimiento, *“en este procedimiento no se discute la presunta comisión de una infracción al artículo 87 numeral 87.2 de la Ley de Telecomunicaciones. (...), sino evaluar la presunta comisión de actos de competencia desleal”* <sup>(47)</sup>.
121. En tal sentido, como se viene señalando, la infracción imputada a AMÉRICA MÓVIL es aquella tipificada en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD y no en el literal a) de dicho artículo, por lo que no corresponde a los órganos colegiados del OSIPTEL discutir la comisión de una infracción al numeral 87.2 del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, sino identificar, en este extremo, la norma imperativa que establece la obligación de contar con un determinado título habilitante para hacer uso del espectro radioeléctrico, las cuales son, en el presente caso, los artículos 117 y 204 del TUO del Reglamento.
122. En ese sentido, habiendo identificado las normas imperativas que contemplan la mencionada obligación, corresponde determinar si AMÉRICA MÓVIL prestó sus servicios públicos de telecomunicaciones haciendo uso de la Banda 2.6 GHz, sin contar con los títulos habilitantes requeridos para ello, según lo dispuesto en los artículos 117 y 204 del TUO del Reglamento.

**B) Sobre la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones por parte de AMÉRICA MÓVIL vía el uso de la Banda 2.6 GHz sin contar con el título habilitante respectivo**

123. El 24 de julio de 2017, la autoridad administrativa encargada de la fase instructora de la Dirección General de Control y Supervisión en Comunicaciones del MTC (en adelante, DGCSC del MTC) dispuso dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de las infracciones

<sup>46</sup> Exposición de Motivos de la LRCD, pág.21.

<sup>47</sup> Resolución N° 009-2019-TSC/OSIPTEL, fundamento 30.



- tipificadas en los numerales 1 (primera parte) y 2 (primera parte) del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, referidas a realizar actividades relacionadas con la prestación de servicios de telecomunicaciones y utilización del espectro de frecuencia radioeléctrica sin la correspondiente autorización o concesión, en el marco del Expediente N° 2018-0423.
124. Posteriormente, después de que Entel Perú S.A. comunicó al MTC que AMÉRICA MÓVIL vendría operando en canales de la Banda 2.6 GHz que se encontraban asignados a TVS y CABLEVISIÓN, mediante Informe N° 1351-2017-MTC/29.CGMIC de fecha 4 de octubre de 2017, la DGSCS del MTC expuso los resultados de las verificaciones técnicas realizadas a AMÉRICA MÓVIL en la banda de frecuencias 2500-2700 MHz.
125. En el párrafo XI.1 de dicho informe, como resultado de las supervisiones realizadas, la DGSCS concluyó que se encontraba verificado que el operador AMÉRICA MÓVIL operaba dos portadoras con tecnología LTE de modo FDD en el rango de 2620-2640 MHz y 2500-2520 MHz y que estaba operando el servicio público de telefonía móvil sin contar con el título habilitante proveniente de tres puntos del distrito de San Isidro del departamento de Lima que pertenecen a las citadas bandas de frecuencias asignadas a TVS y CABLEVISIÓN. Dichas supervisiones constan en el Acta N° 1272-2017 del 31 de julio de 2017, Acta N° 1273-2017 del 24 de julio de 2018 y Acta N° 1274-2017 del 25 de julio de 2018 <sup>(48)</sup>.
126. Por otro lado, en atención a las Actas de Inspección Nos. 238-2018, 241-2018, 242-2018, 244-2018, 239-2018, 240-2018, 243-2018, 245-2018, 246-2018, 247-2018, 248-2018 y 249-2019, del 4 y 6 de setiembre de 2018, se emitió el Informe N° 1616-2018-MTC/29.CGMIC.ci del 18 de octubre de 2018, en el que se concluyó que AMÉRICA MÓVIL venía utilizando las frecuencias centrales 2630 MHz y 2647,1 MHz (*downlink*) y 2510 MHz y 2527,1 MHz (*uplink*) sin contar con la correspondiente asignación de espectro radioeléctrico en dichas bandas <sup>(49)</sup>.
127. Asimismo, la conclusión del Informe N° 1351-2017-MTC/29.CGMIC fue recogida en la Resolución N° 1386-2018-MTC/29 de fecha 27 de noviembre de 2018, por lo que la autoridad sancionadora de la DGSCS señaló que AMÉRICA MÓVIL operaba el servicio público de telecomunicaciones utilizando una porción de espectro radioeléctrico que no le fue asignada en sus concesiones; sin embargo, dispuso archivar el procedimiento administrativo sancionador debido a que consideró que la conducta imputada no se subsumía en los tipos infractores imputados, toda vez que la empresa imputada contaba con concesiones, por lo que debió habersele imputado la presunta comisión de la infracción contenida en la parte final del numeral 2 del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, referida al uso de frecuencias de espectro radioeléctrico distintas a las autorizadas.
128. A su vez, el 18 de octubre de 2018 se dio inicio a un segundo procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de la infracción tipificada en la parte final del numeral 2 del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, en el marco del Expediente N° 2018-0667.
129. Siendo así, mediante **Informe N° 0350-2019-MTC/29.2.I de fecha 3 de julio de 2019 - Informe Final de Instrucción** de la Dirección de Fiscalizaciones de Cumplimiento de

<sup>48</sup> Las referidas actas se encuentran en los folios 1419 a 1430.

<sup>49</sup> Conforme se indica en las págs. 20 y 21 de la Resolución Directoral N° 896-2019-MTC/29.03 (ver: folios 1882 a 1883) y los numerales 5.4.1, 5.4.2 y 5.4.3 del Informe N° 0350-2019-MTC/29.02.1 (ver: folios 2552 a 2553).



Títulos Habilitantes en Comunicaciones (en adelante, DGFSC del MTC)-, señaló que quedó acreditado que AMÉRICA MÓVIL venía usando las frecuencias 2500-2700 MHz del espectro radioeléctrico sin la autorización del MTC, por lo que se configuró la conducta infractora prevista en la parte final del numeral 2) del artículo 87 del T.U.O de la Ley de Telecomunicaciones, referida al uso de frecuencias distintas a las autorizadas; tal como ha quedado expresamente establecido en los párrafos 5.6.14, 5.7.7 y 5.8.4 del citado Informe Final de Instrucción del MTC, y en las páginas 21 y 22 de la **Resolución N° 896-2019-MTC/29.03 de fecha 14 de octubre de 2019, pronunciamiento que AMÉRICA MÓVIL ha consentido plenamente:**

➤ Informe N° 0350-2019-MTC/29.2.I

En tal sentido, se ha verificado que las empresas arrendatarias (OLO y TVS) no tienen control inmediato de su red de acceso y por el contrario, la red e infraestructura alquilada a OLO y TVS (de propiedad de CLARO), es gestionada a nivel de RADIO y CORE por CLARO, incluido los eNodeB en las bandas de 700, 1900 y 2500 MHz, entre las cuales se encuentran las frecuencias centrales 2630 MHz y 2647,1 MHz (downlink) y las frecuencias 2510 MHz y 2527,1 MHz (uplink), de 20 y 15 MHz de ancho de banda<sup>61</sup>, que no se encuentran asignadas a CLARO.

Ello implica que CLARO viene transmitiendo su señal (Código MNC=10) a través de la Frecuencia 2630 (que no le ha sido asignada por el MTC), siendo que es esta empresa quien tiene el control de la gestión de dicha red. De ello se concluye inequívocamente que CLARO usa la frecuencia 2630 MHz asignada a TVS para conectarse con sus usuarios.

Como consecuencia de lo analizado en los numerales V.1 al V.8 del presente Informe se determina que: (i) ha quedado acreditado que CLARO viene usando las frecuencias 2500 – 2700 MHz del espectro radioeléctrico y (ii) el uso que viene realizando CLARO de las frecuencias 2500 – 2700 MHz del espectro radioeléctrico no se encuentra autorizada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En consecuencia, CLARO viene usando las bandas de frecuencias distintas a las que le han sido autorizadas, configurándose la conducta infractora prevista en la parte final del numeral 2) del artículo 87 del T.U.O de la Ley de Telecomunicaciones: *“el uso de frecuencias distintas a las autorizadas”*, infracción que se encuentra calificada como muy grave por el ordenamiento jurídico.

➤ Resolución Directoral N° 896-2019-MTC/29.03

Que, considerando lo señalado precedentemente, esta Autoridad Sancionadora hace suyas las conclusiones vertidas por la autoridad instructora en el Informe Final de Instrucción N° 0350-2019-MTC/29.02.I, determinando que ha quedado acreditado el uso por parte de Claro, de las frecuencias 2500 – 2700 MHz del espectro radioeléctrico, las mismas que resultan distintas de las que le han sido autorizadas, configurándose la conducta infractora prevista en la parte final del numeral 2) del artículo 87 de la Ley;



130. Adicionalmente, mediante Resolución Directoral N° 896-2019/MTC/29.03 de fecha 14 de octubre de 2019, la Dirección de Sanciones en Comunicaciones del MTC (en adelante, autoridad sancionadora) constató que AMÉRICA MÓVIL contaba con los títulos habilitantes para utilizar las siguientes porciones de espectro (50), ninguna de las cuales corresponde a la Banda 2.6 GHz:

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		

Fuente: Resolución Directoral N° 896-2019/MTC/29.03 del 14 de octubre de 2019, emitida en el Exp. N° 2018-0667

131. En ese sentido, la autoridad sancionadora hizo suyo el análisis realizado en el Informe Final de Instrucción, concluyendo que AMÉRICA MÓVIL venía utilizando las frecuencias 2500-2700 MHz del espectro radioeléctrico sin contar con la autorización del MTC. De esta manera, señaló que se configuró la infracción prevista en la parte final del numeral 2 del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

Que, considerando lo señalado precedentemente, esta Autoridad Sancionadora hace suyas las conclusiones vertidas por la autoridad instructora en el Informe Final de Instrucción N° 0350-2019-MTC/29.02.I, determinando que ha quedado acreditado el uso por parte de Claro, de las frecuencias 2500 – 2700 MHz del espectro radioeléctrico, las mismas que resultan distintas de las que le han sido autorizadas, configurándose la conducta infractora prevista en la parte final del numeral 2) del artículo 87 de la Ley;

Fuente: Resolución Directoral N° 896-2019/MTC/29.03 del 14 de octubre de 2019, emitida en el Exp. N° 2018-0667

132. A continuación, se muestra una línea de tiempo en la que se resume lo anteriormente expuesto, con relación a los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por el MTC contra AMÉRICA MÓVIL en los que el MTC corroboró el uso del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz por parte de AMÉRICA MÓVIL, se muestra a continuación:

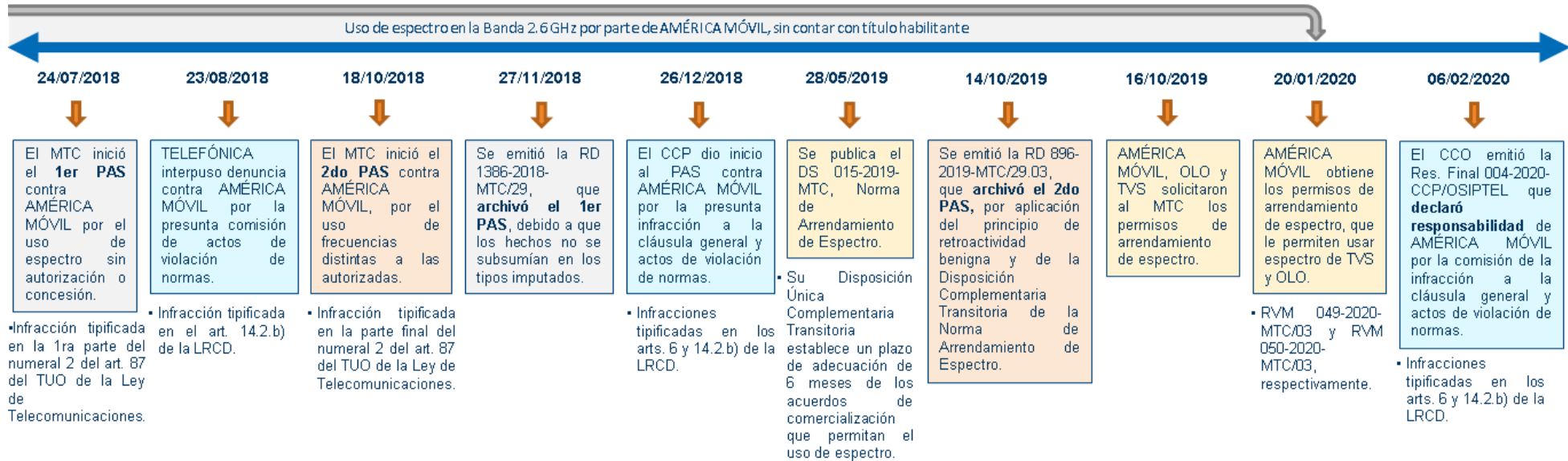
50

El MTC asignó porciones del espectro radioeléctrico a AMÉRICA MÓVIL mediante las siguientes resoluciones:

- (i) Resolución Ministerial N° 530-2016-MTC/01.03, de 19 de julio de 2016.
- (ii) Resolución Ministerial N° 436-2008-MTC/03, de 24 de julio de 2008.
- (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.



Gráfico N° 2: Procedimientos administrativos sancionadores seguidos por el MTC y el OSIPTEL contra AMÉRICA MÓVIL



Elaboración: STTSC.





133. Por su parte, AMÉRICA MÓVIL señala que la imputación por el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD no permite a los órganos colegiados del OSIPTEL desconocer la decisión del MTC que determinó la inexistencia de la infracción sobre la cual se basa la imputación de violación de normas, disponiendo su archivo. En ese sentido, señala que toda vez que el MTC no ha declarado la existencia de una infracción, existe una presunción de licitud respecto del uso de la Banda 2.6 GHz realizado por AMÉRICA MÓVIL, por lo que el OSIPTEL no podría presumir lo contrario en tanto ello excedería su competencia.
134. Al respecto, la decisión a la que se refiere AMÉRICA MÓVIL es la citada Resolución Directoral N° 896-2019/MTC/29.03. En esta, en efecto, la autoridad sancionadora del MTC dispuso el archivo del segundo procedimiento administrativo sancionador, pero por fundamentos distintos a una falta de comprobación del supuesto fáctico que sustenta el tipo infractor, sino relacionados más bien a la aplicación del principio de retroactividad benigna como consecuencia de lo señalado en la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro. En tal sentido, el pronunciamiento del MTC no es equivalente, como pretende AMÉRICA MÓVIL, a la inexistencia del hecho típico, por cuanto, de ser ese el caso, no correspondería la aplicación de la retroactividad benigna, que en el presente caso tiene un efecto directo en la sanción a imponer, sino hubiera correspondido el archivo por no haberse producido la conducta típica.
135. Conforme se viene exponiendo, contrario a lo afirmado por AMÉRICA MÓVIL, el MTC sí ha determinado de manera clara y expresa que AMÉRICA MÓVIL incurrió en la conducta infractora prevista en el numeral 2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, relativa al uso no autorizado de la Banda 2.6 GHz.

Que, por lo expuesto, esta autoridad sancionadora considera que si bien ha quedado acreditado que Claro ha incurrido en la conducta infractora descrita en la parte final del numeral 2 del artículo 87 de la Ley; al existir un acuerdo de comercialización de por medio, le resulta aplicable el período de adecuación contemplado en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 015-2019-MTC; en tal sentido, corresponde disponer el archivo el presente procedimiento administrativo sancionador;

Fuente: Resolución Directoral N° 896-2019/MTC/29.03 del 14 de octubre de 2019, emitida en el Exp. N° 2018-0667

136. De esta forma, en el caso concreto, la decisión sobreviniente del MTC ha ratificado el supuesto fáctico que sustentó el inicio del presente procedimiento administrativo y la posterior sanción impuesta por el CCP, referido al hecho de que AMÉRICA MÓVIL utilizó frecuencias de la Banda 2.6 GHz para la prestación de sus servicios públicos de telecomunicaciones sin tener el título habilitante requerido para ello.
137. Siendo así, incluso cuando el tipo infractor establecido en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD no exige contar con un pronunciamiento de la autoridad sectorial competente, el MTC -en el presente caso- ratificó, de manera posterior, la ausencia del título habilitante correspondiente y la comisión de la conducta infractora.
138. Así también, contrariamente a lo alegado por AMÉRICA MÓVIL en su escrito del 13 de noviembre de 2020, el presente caso es totalmente distinto al que fue materia de evaluación en la Resolución N° 001-2020-TSC/OSIPTEL, pues en aquel caso la decisión sobreviniente alteró el sustento fáctico por el cual el órgano colegiado de primera instancia del OSIPTEL sancionó a la empresa Cable Zofri S.R.L. por actos de violación de normas, puesto que por decisión judicial se determinó, posteriormente a la



- decisión de primera instancia, que la empresa contaba con contrato de concesión válido para prestar el servicio de televisión de paga durante el periodo cuestionado.
139. No obstante, **el sustento fáctico de la imputación y posterior sanción en el presente caso –que, durante el periodo cuestionado, AMÉRICA MÓVIL desarrolló la actividad empresarial consistente en usar el espectro radioeléctrico de la Banda 2.6 GHz en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a sus usuarios, sin contar con el título exigido por normas imperativas para dicho uso del espectro- no ha sido descartado ni alterado por la Resolución Directoral N° 896-2019/MTC/29.03, sino, por el contrario, ha quedado plenamente confirmado por el mismo MTC en dicha resolución.**
140. Por tanto, contrariamente a lo alegado en el recurso de apelación, queda evidenciado que **al sancionar a AMÉRICA MÓVIL por la infracción de competencia desleal imputada en este caso, no se desconoce ni contradice el contenido sustancial de la referida decisión del MTC, en cuanto en ella se declara expresamente que “(...) esta Autoridad Sancionadora hace suyas las conclusiones vertidas por la autoridad instructora en el Informe Final de Instrucción N° 0350-2019-MTC/29.02.I, determinando que ha quedado acreditado el uso por parte de Claro, de las frecuencias 2500-2700 MHz del espectro radioeléctrico, las mismas que resultan distintas de las que le han sido autorizadas”** (cfr. páginas 21-22 de la citada Res. Directoral N° 896-2019/MTC/29.03).
141. Siendo, además, que dicha decisión fue emitida por el MTC en ejercicio de sus competencias como “Autoridad Sectorial” encargada de tutelar un **bien jurídico –la administración eficiente del espectro (51)-** que es diferente e independiente del **bien jurídico** que el OSIPTEL debe tutelar como “Agencia de Competencia” del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones en materia de Competencia Desleal –**el proceso competitivo y la buena fe comercial (52)-**.

<sup>51</sup> Conforme a lo establecido en el Art. 58 del 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.”**

Y lo precisado en los numerales 80 y 85-A de Lineamientos de Políticas del Sector aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC y sus modificatorias:

**“80. A fin de garantizar la más eficiente administración del recurso, la asignación da el derecho de uso de una determinada porción de espectro radioeléctrico. (...)”**

**“85-A.- La asignación y utilización eficiente del espectro radioeléctrico como herramienta para garantizar la competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, se garantizará, también, mediante el establecimiento de topes a la asignación de este recurso y de otros mecanismos que apruebe el MTC, evitando así el acaparamiento de frecuencias que puedan limitar y/o impedir el acceso al mercado de potenciales competidores”.**

<sup>52</sup> Conforme a lo establecido en los Arts. 1 y 6 .de la LRCO, y según lo precisado en su Exposición de Motivos:

*“De acuerdo al artículo 1 del Decreto Legislativo, la finalidad de la Ley de Represión de Competencia Desleal es reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. En este punto, cabe resaltar el concepto de “proceso competitivo” como bien jurídico tutelado por la ley. Y es que la protección de este proceso tiene como correlato la procura de eficiencia económica en el mercado y de bienestar para los consumidores.*

*Conforme a lo señalado precedentemente, 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.*  
(...)



142. En consecuencia, se ratifica que, en cuanto a este extremo del recurso de apelación de AMÉRICA MÓVIL, no existe vulneración alguna al Principio de Licitud o Presunción de Inocencia, como alega la apelante.
143. Respecto a lo indicado, corresponde señalar que la imputación y sanción de infracciones tipificadas en la normativa sectorial es responsabilidad del MTC. Sin embargo, cuando la imputación es válidamente efectuada por actos de violación de normas bajo el supuesto del literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, como regla general, la decisión del MTC no condiciona ni afecta la competencia de los órganos colegiados del OSIPTEL respecto de la imputación y sanción de dicha infracción.
144. El único escenario en que una decisión de la autoridad sectorial competente podría afectar la competencia del OSIPTEL para imputar y, de ser el caso, sancionar por la infracción tipificada en el artículo 14.2 literal b) de la LRCD, sería cuando aquella hubiera determinado que el agente imputado sí tenía la autorización o título habilitante durante el periodo cuestionado. De ser este el caso, se debe evaluar <sup>(53)</sup> si efectivamente tal decisión alteró el sustento fáctico que soporta la imputación, como ocurrió con la Resolución N° 001-2020-TSC/OSIPTEL en el caso Cable Zofri S.R.L. Sin embargo, este no es el escenario que se presenta en este caso, por las razones anteriormente expuestas.

---

*Queda así absolutamente claro que **el elemento determinante de un acto de competencia desleal es la contravención a la buena fe comercial objetiva**, es decir, la realización de conductas contrarias a la buena fe que normalmente debe regir las actividades económicas en el proceso competitivo que se verifica en el mercado. La lista enunciativa de actos de competencia desleal permitirá, en complemento, una mayor claridad sobre las conductas más frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal."*

Asimismo, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 2 de la LRCD, debe entenderse que, en función de dicha tutela del "proceso competitivo", en los procedimientos sancionadores bajo el marco de la LRCD sólo se imputan y sancionan aquellos actos que tengan efecto o finalidad "concurrencial", pues, tal como lo ha señalado el INDECOPI, "Solo en la medida que exista esta concurrencia se puede hablar de proceso competitivo, y solo en tanto exista dicho proceso que tutelar se reconoce la necesidad de aplicar la ley de represión de la competencia desleal" (cfr. Fund. 18 de la Resolución N° 473-2012/SC1-INDECOPI, del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual).

Y en cuanto a ello, se ha conceptualizado que "Un comportamiento tendrá finalidad concurrencial cuando a través de su realización, el empresario que lo comete, procura obtener o generarse algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo. En ese sentido, serán actos concurrenciales todas aquellas actividades dotadas de trascendencia externa, esto es, que se ejecuten en el mercado y, que sean susceptibles de mantener o incrementar el propio posicionamiento del agente que lo realiza". (cfr. Fund. 17 de la precitada Res. N° 473-2012/SC1-INDECOPI).

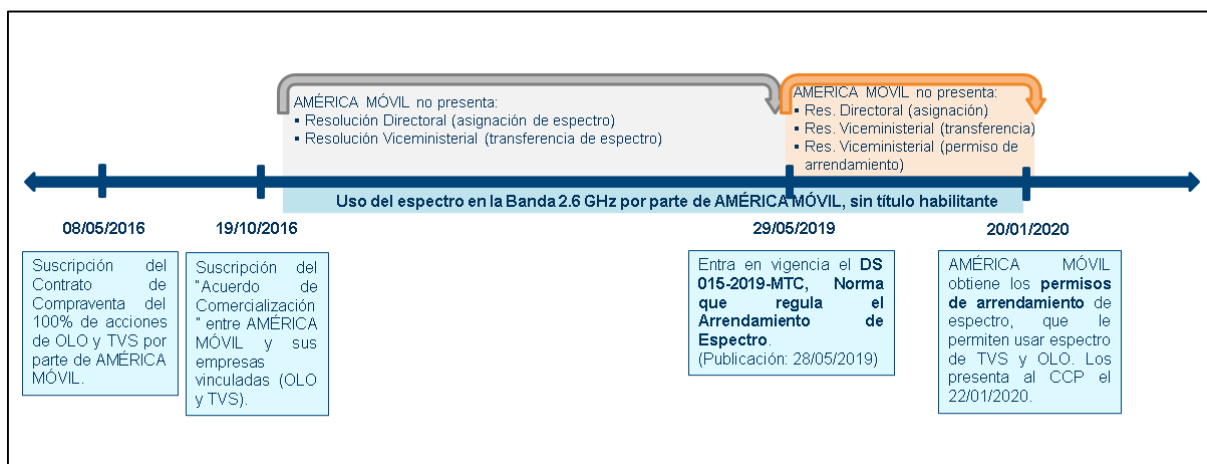
Y pues, en efecto, como ya se ha precisado, en el presente caso la actividad empresarial imputada a AMÉRICA MÓVIL, como infracción de competencia desleal, es el haber usado el espectro radioeléctrico de la Banda 2.6 GHz en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a sus usuarios, sin contar con el título habilitante exigido por las normas imperativas para dicho uso del espectro.

Así, se evidencia que en este caso la conducta imputada tiene un efecto o finalidad concurrencial, toda vez que se ha exteriorizado y ejecutado "en el mercado" de servicios públicos de telecomunicaciones, implicando que AMÉRICA MÓVIL efectivamente ha prestado a sus usuarios determinados servicios móviles –para los que ciertamente tenía Concesión- usando directamente frecuencias radioeléctricas que no le fueron autorizadas por el MTC; conducta que, siendo abiertamente contraria a la buena fe comercial exigible a todas las empresas competidoras en dicho mercado, ha vulnerado gravemente el proceso competitivo existente durante el periodo cuestionado, permitiendo que AMÉRICA MÓVIL pueda beneficiarse económicamente por su conducta ilícita manteniendo o incrementando su propio posicionamiento o situación competitiva frente a sus competidores.

<sup>53</sup> Sobre este punto, resulta pertinente señalar que el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD señala que "la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente" (Énfasis agregado). En tal sentido, se aprecia que la norma otorga a la autoridad de competencia la facultad de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente, tomando en consideración los elementos de juicio otorgados por la autoridad sectorial competente, sin otorgar carácter vinculante.

145. Adicionalmente a lo anterior, es menester señalar que, de la revisión de los actuados obrantes en el expediente, AMÉRICA MÓVIL no ha presentado durante la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador la Resolución Directoral o Resolución Viceministerial que acredite la asignación o transferencia de espectro, según lo dispuesto en los artículos 117 o 204 del TUO del Reglamento, acorde con lo señalado en el acápite anterior. No fue hasta el 20 de enero de 2020 cuando la empresa imputada obtuvo los permisos de arrendamiento de espectro de TVS y OLO otorgado por el MTC, que le permitió hacer uso del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Norma de Arrendamiento, los cuales fueron remitidos mediante escrito del 22 de enero de 2020.

### Gráfico N° 3: El uso de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz sin contar con el título habilitante correspondiente



Elaboración: STTSC.

146. Inclusive, atendiendo a la facultad prevista en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD<sup>(54)</sup>, mediante Oficio N° 305-STCCO/2018 del 2 de octubre de 2018, la STCCO requirió a la DGCC informar, entre otros aspectos, si el MTC había aprobado la transferencia de espectro radioeléctrico de CABLEVISIÓN, TVS y otras empresas de telecomunicaciones en la Banda 2.6 GHz a favor de AMÉRICA MÓVIL.
147. En respuesta, mediante Oficio N° 21157-2018-MTC/27 recibido el 24 de octubre de 2018, la DGCC remitió el Informe N° 2037-2018-MTC/27, por el cual corroboró la ausencia de título habilitante al afirmar que "el MTC no ha emitido ningún acto administrativo que otorgue derechos de uso de espectro radioeléctrico vía solicitud de transferencia de dicho recurso natural a favor de la empresa América Móvil Perú S.A.C. en la Banda 2.6 GHz".
148. Por tanto, coincidiendo con las conclusiones del MTC, este Tribunal considera que ha quedado acreditado que AMÉRICA MÓVIL desarrollaba su actividad empresarial haciendo uso de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz, sin contar con la

54

#### DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

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

(...)

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)



autorización correspondiente emitida por el MTC, según lo dispuesto en los artículos 117 o 204 del TUO del Reglamento, cuando menos desde julio de 2017 <sup>(55)</sup> hasta el 20 de enero de 2020.

149. Sin embargo, AMÉRICA MÓVIL ha indicado que sus servicios móviles han sido brindados a través de la Banda 2.6 GHz en virtud del “Contrato de Comercialización de Servicio” suscrito por OLO, CABLEVISIÓN y TVS (como concesionarios) con AMÉRICA MÓVIL (como comercializador) con fecha 19 de octubre de 2016 (en adelante, Acuerdo de Comercialización).
150. En ese sentido, corresponde evaluar si la suscripción del Acuerdo de Comercialización permite o no hacer uso del espectro radioeléctrico en una banda de frecuencias no autorizada expresamente por el MTC mediante los títulos habilitantes previstos en el acápite anterior.

**C) Sobre el Acuerdo de Comercialización y el uso de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz por parte de AMÉRICA MÓVIL**

151. A través del Acuerdo de Comercialización suscrito por AMÉRICA MÓVIL, OLO, TVS y CABLEVISIÓN suscrito el 19 de octubre de 2016, AMÉRICA MÓVIL se constituyó como comercializador del servicio portador local y conmutación de datos por paquetes que brindan los concesionarios -OLO, TVS y CABLEVISIÓN <sup>(56)</sup>- mediante las bandas de espectro radioeléctrico que tienen asignadas (Banda 2.6 GHz), permitiendo a AMÉRICA MÓVIL utilizar y prestar dichos servicios, conforme a la oferta mayorista, a fin de comercializar y ofrecerlos a sus clientes finales en el mercado minorista, según se muestra a continuación:

**CLÁUSULA TERCERA: OBJETO**

Sujeto a lo dispuesto en el último párrafo de esta cláusula tercera, las Partes convienen en establecer una relación de comercialización en virtud de la cual CLARO se constituye en comercializador del servicio portador local y conmutación de datos por paquetes que brindan los CONCESIONARIOS, a través de las bandas de espectro señaladas en los numerales 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 y 2.5 de la cláusula segunda por el plazo previsto en la cláusula cuarta de este Contrato (dicho servicio, el “SERVICIO”).

En ese sentido, mediante el presente Contrato, los CONCESIONARIOS permitirán a CLARO utilizar y prestar el SERVICIO, de conformidad con la Oferta Mayorista, a fin de que CLARO lo comercialice a través de los distintos servicios que CLARO ofrece a sus Clientes Finales en el mercado minorista. La descripción del servicio que forma parte de la Oferta Mayorista se detalla en el Anexo 2 de este Contrato.

Es objeto del presente Contrato establecer los derechos, obligaciones y condiciones que permitirán la comercialización de las diferentes modalidades del SERVICIO que comercializará CLARO a favor de los Clientes Finales a partir de la Fecha de Efectividad.

**Fuente:** Acuerdo de Comercialización suscrito entre AMÉRICA MÓVIL, OLO, TVS y CABLEVISIÓN el 19 de octubre de 2016.

152. En el Anexo 2 del referido contrato se describen los servicios materia de este, que comprende la oferta mayorista del servicio portador y del servicio de conmutación de datos por paquetes (acceso a internet), que permitirán al cliente final acceder vía inalámbrica a servicios de internet, portador, y otros que brinde AMÉRICA MÓVIL.

<sup>55</sup> Según consta en el Acta N° 1272-2017 del 31 de julio de 2017.

<sup>56</sup> Cabe señalar que la concesión y asignación de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz de CABLEVISIÓN fueron transferidos a favor de TVS mediante Resolución Viceministerial N° 1346-2017-MTC/03 de fecha 14 de diciembre de 2017, es decir, de manera posterior a la suscripción del Acuerdo de Comercialización.

**ANEXO 2****DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO**

La oferta mayorista del servicio Portador Local y de conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet), sin limitación horaria, permitirá al Cliente Final acceder vía inalámbrica a servicios de Internet, portador, VPN y otros que brinde el COMERCIALIZADOR a través de los planes, paquetes, ofertas, promociones y otras formas que el COMERCIALIZADOR decida, independientemente o conjuntamente con sus propios servicios de telecomunicaciones, siempre que cuente con los títulos habilitantes o registros correspondientes, y dentro del cumplimiento del marco normativo vigente.

Dicho servicio se brindará por medio del espectro radioeléctrico asignado a los CONCESIONARIOS, en las zonas en las que cuenten con cobertura de servicio y en aquellas zonas dentro de su área de concesión.

El COMERCIALIZADOR podrá definir las características de su servicio al Cliente Final, incluyendo el SERVICIO materia de este Contrato, siempre que dé estricto cumplimiento a la normativa vigente, y asuma la responsabilidad y el costo de su implementación y prestación.

**Fuente:** Acuerdo de Comercialización suscrito entre AMÉRICA MÓVIL, OLO, TVS y CABLEVISIÓN el 19 de octubre de 2016.

153. Si bien el Anexo 2 señala que el servicio materia del Acuerdo de Comercialización se brindará por medio del espectro radioeléctrico asignado a los concesionarios, el servicio al que refiere corresponde al brindado a nivel mayorista por los concesionarios (OLO, TVS y CABLEVISIÓN), titulares de los derechos de uso sobre la Banda 2.6 GHz, a favor de AMÉRICA MÓVIL, mas no por el comercializador mismo.
154. En tal sentido, no se aprecia cláusula o término alguno en dicho contrato que permita a AMÉRICA MÓVIL hacer uso directo del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz asignado a OLO o TVS ni que involucre la transferencia o cesión de uso total o parcial del espectro radioeléctrico asignado a los concesionarios a favor de AMÉRICA MÓVIL como comercializador. Por el contrario, los términos del citado acuerdo corresponden a los de una relación de comercialización de servicios reconocida por el marco normativo, esto es, a la comercialización de servicios que son comprados al por mayor por parte de AMÉRICA MÓVIL a fin de ofrecerlos a sus clientes en el mercado minorista.
155. Sin perjuicio de ello, se debe evaluar el marco legal aplicable a los acuerdos de comercialización de servicios y/o tráfico a fin de determinar si este permite el uso de espectro radioeléctrico a partir de la suscripción de este tipo de acuerdo.
156. Al respecto, a la fecha de la suscripción del Acuerdo de Comercialización suscrito por AMÉRICA MÓVIL y sus empresas vinculadas, esto es, el 19 de octubre de 2016, el artículo 138 del TUO del Reglamento establecía lo siguiente con relación a los contratos de comercialización <sup>(57)</sup>:

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

*1. Se entiende por comercialización o reventa a la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compra tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros 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*

<sup>57</sup>

El referido artículo fue modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 033-2019-MTC, publicado el 8 de diciembre de 2019; sin embargo, el citado numeral 138.1 no fue modificado sustancialmente.



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)

157. El texto del citado artículo es idéntico al establecido en el artículo 6 de los Lineamientos de Política de Apertura sobre comercialización o reventa de servicios y/o tráfico <sup>(58)</sup>.
158. Asimismo, la "Norma que establece las disposiciones sobre creación, requisitos y procedimiento de inscripción en el Registro de Comercializadores", aprobado por Resolución Ministerial N° 110-2000-MTC-15.03, define la comercialización de servicios de la siguiente manera:

### "3.1. Definición de Comercialización

De acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, los servicios públicos de telecomunicaciones y/o tráfico pueden ser comercializados, entendiéndose esta actividad como a posibilidad que una persona natural o jurídica, adquiera servicios y/o volumen al por mayor de tráfico con la finalidad de ofertarlos a terceros."

(Énfasis agregado)

159. De las normas citadas se advierte que los contratos de comercialización o reventa de servicios y/o tráfico implican la compra de tráfico y/o servicios al por mayor, a fin de ofertarlos a terceros a un precio al por menor. Siendo así, como se puede apreciar, el marco regulatorio no permite que el comercializador haga uso directo del espectro radioeléctrico asignado al concesionario para brindar sus propios servicios, sino que el comercializador se encuentra facultado, únicamente, a comprar una determinada cantidad al por mayor de servicios y/o tráfico al concesionario, a fin de ofrecerlos a sus usuarios finales.
160. El TUO del Reglamento incluso es claro al señalar que los acuerdos de comercialización no otorgan a los comercializadores los derechos u obligaciones que la normativa otorga a los concesionarios, lo que involucra el uso directo del espectro radioeléctrico asignado y asociado a su concesión. La única excepción se refiere a los derechos que se confieren al comercializador en el numeral 2 del artículo 138 del mismo texto legal <sup>(59)</sup>, referido a la comercialización del servicio de telefonía fija en la

58

#### DECRETO SUPREMO N° 020-98-MTC – LINEAMIENTOS DE POLÍTICA DE APERTURA DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES DEL PERÚ

##### "Artículo 6.- Comercialización o reventa

1. Se entiende por comercialización o reventa a la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compra tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros 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)

59

#### DECRETO SUPREMO N° 020-2007-MTC – TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES

##### "Artículo 6.- Comercialización o reventa

(...)

138.2 La actividad que consiste en conectar un terminal telefónico accionado por monedas, tarjetas, fichas o códigos, así como por cualquier medio a una línea telefónica con la finalidad de ceder su uso a terceros



modalidad de teléfonos públicos, que no aplica al caso concreto ni se refiere al uso de espectro radioeléctrico.

161. Asimismo, cabe indicar que, mediante Oficio N° 20488-2018-MTC/03 recibido el 12 de octubre de 2018, la DGCC informó al OSIPTEL que remitió comunicaciones a distintas empresas operadoras de telecomunicaciones, entre las que se encontraban AMÉRICA MÓVIL, OLO y TVS, indicándoles que los acuerdos de comercialización que involucren el uso de espectro radioeléctrico no surten efectos jurídicos, toda vez que la administración de dicho recurso natural es competencia del MTC, a quien corresponde otorgar de manera previa y expresa el derecho de uso.

*“cualquier Acuerdo de Comercialización que involucre uso del Espectro Radioeléctrico (ERE) no surte efectos jurídicos, toda vez que la administración de éste es competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), quien otorga el derecho de uso sobre este recurso únicamente al titular mencionado en el dispositivo legal correspondiente, por lo que cualquier modificación a este derecho de uso requiere de una aprobación previa y expresa del MTC”.*

(Énfasis agregado)

162. De igual manera, mediante Oficio N° 339-STCCO/2018, la STCCO consultó al MTC, entre otros aspectos, si la aprobación de acuerdos de comercialización podría constituir una autorización o habilitación para el uso de espectro por parte de las operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. Mediante Oficio N° 22655-2018-MTC/27 de fecha 14 de noviembre de 2018, el MTC respondió señalando que los acuerdos de comercialización, como contratos entre privados, no otorga títulos habilitantes ni genera derechos de uso sobre una porción de espectro radioeléctrico:

*“4. A la fecha, este Ministerio no otorga títulos habilitantes ni genera derechos de uso por alguna porción de espectro radioeléctrico vía Acuerdos de Comercialización suscritos de manera privada entre otras operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.”*

(Énfasis agregado)

163. A través del referido oficio, la DGCC también resaltó que para hacer uso de una porción de espectro radioeléctrico se debe contar con la correspondiente Resolución Directoral (en el caso de asignación de frecuencias) o Resolución Viceministerial (en el caso de transferencia de espectro), siendo que cualquier pretensión más allá del alcance de los acuerdos de comercialización deberá solicitar autorización expresa al MTC para que tengan efectos jurídicos.

*“En este sentido, 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, debiendo además contar con la correspondiente Resolución Directoral (en el caso de asignación de frecuencias) o Resolución Viceministerial (en el caso de transferencia de espectro); cualquier pretensión más allá del alcance señalado para los Acuerdos de Comercialización, deberá solicitar autorización al órgano competente para que tales acuerdos puedan tener efectos jurídicos”.*

(Énfasis agregado)

---

*constituye una comercialización del servicio de telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos. Para la realización de dicha actividad se requiere celebrar un acuerdo comercial con la concesionaria del servicio de telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos cuyo tráfico comercializará. En este supuesto, no es necesario contar con la inscripción en el Registro de Comercializadores. Lo dispuesto en el presente numeral también es de aplicación a los concesionarios de servicios públicos móviles.”*

(...)





164. De acuerdo a lo señalado, coincidiendo con el CCP, este Tribunal aprecia que los acuerdos de comercialización no constituían ni constituyen instrumento que permita a un comercializador -aun siendo concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones- utilizar porciones de espectro radioeléctrico que no le han sido asignadas expresamente por el MTC, requiriendo para ello contar con una Resolución Directoral o una Resolución Viceministerial.
165. A pesar de lo anterior, tanto en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados por el MTC como en el presente procedimiento tramitado por el OSIPTEL, AMÉRICA MÓVIL ha señalado que presta sus servicios móviles, incluyendo tráfico o servicios provenientes de la Banda 2.6 GHz asignada a OLO y TVS, en virtud del Acuerdo de Comercialización. Al respecto, mediante escrito presentado al MTC con fecha 7 de agosto de 2018, en el marco del Expediente N° 2018-423, AMÉRICA MÓVIL señaló lo siguiente:

*“(…), indicamos que la prestación del servicio móvil de CLARO incluyendo tráfico o servicios provenientes de la banda 2.6 GHz, se produce en virtud del “Contrato de Comercialización de Servicios” (en adelante, el “Contrato de Comercialización”), suscrito entre CLARO y OLO del Perú S.A.C. (en adelante, OLO), TVS Wireless S.A.C. (en adelante, “TVS”) y Cablevisión S.A.C. (en adelante, “Cablevisión”), el 19 de octubre de 2016 y modificado mediante Adenda de fecha 25 de noviembre de 2016 (…).*

*Actualmente OLO y TVS son empresas concesionarias titulares de porciones de espectro radioeléctrico en la banda 2.6 GHz. Mediante el Contrato de Comercialización indicado permiten que el servicio final de CLARO a sus usuarios incluya tráfico o servicios que operan en dicha banda de frecuencia.”*

(Énfasis agregado)

166. De igual manera, como se ha mencionado, durante el informe oral del 18 de diciembre de 2020, AMÉRICA MÓVIL reiteró que suscribieron “*acuerdos de comercialización que involucraban el uso de espectro radioeléctrico [en la Banda 2.6 GHz] como medio de transmisión*”, pese a que, como se ha señalado, los acuerdos de comercialización de servicios y/o tráfico no otorgan al comercializador el derecho de uso sobre porciones de espectro radioeléctrico.
167. Junto a esas declaraciones resulta importante considerar que, según lo expuesto en el literal anterior, se ha verificado que AMÉRICA MÓVIL hacía uso directo del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz, teniendo control inmediato sobre la gestión de la red correspondiente a la frecuencia 2630 MHz <sup>(60)</sup> y, además, utilizando la técnica de agregación de portadoras, agrupando su asignación en la Banda 700 MHz con

<sup>60</sup> En el Informe N° 0350-2019-MTC/29.02.I del 3 de julio de 2019, Informe de Instrucción Final del segundo procedimiento administrativo sancionador seguido por el MTC contra AMÉRICA MÓVIL se señaló lo siguiente:

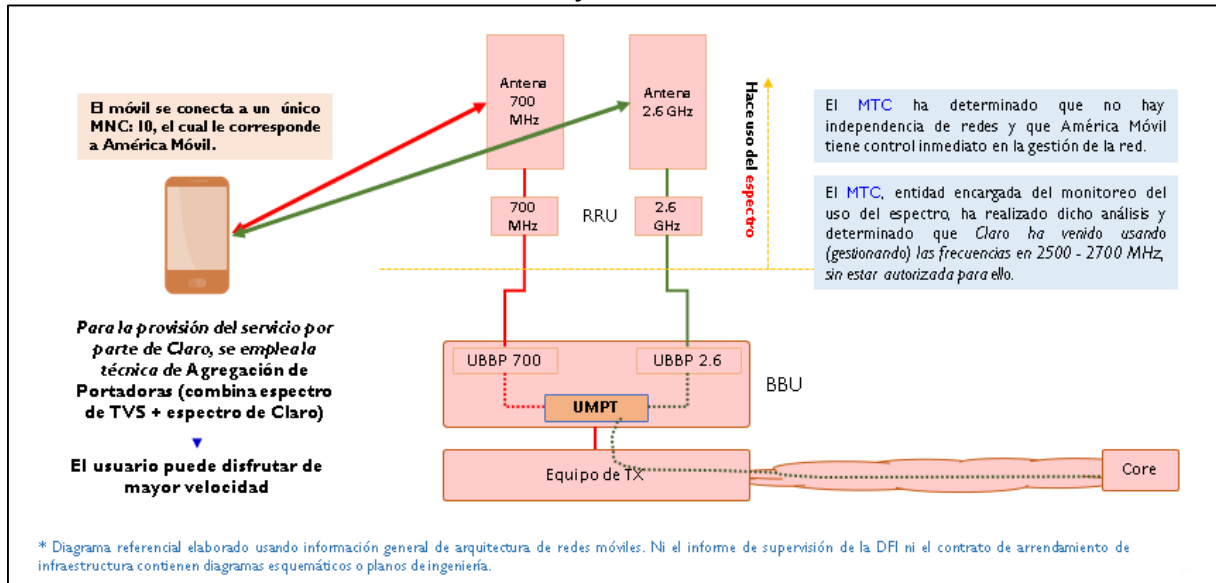
*“5.6.14 En tal sentido, se ha verificado que las empresas arrendatarias (OLO y TVS) no tiene control inmediato de su red de acceso y por el contrario, la red e infraestructura alquilada a OLO y TVS (de propiedad de CLARO), es gestionada a nivel de RADIO y CORE por CLARO, incluido los eNodeB en las bandas de 700, 1900 y 2500 MHz, entre las cuales se encuentran las frecuencias centrales 2630 MHz y 2647.1 MHz (downlink) y las frecuencias 2510 MHz y 2527,1 MHz (uplink), de 20 y 15 MHz de ancho de banda, que no se encuentran asignadas a CLARO.*  
(…)

*5.7.7 Ello implica que CLARO viene transmitiendo su señal (Código MNC=10) a través de la Frecuencia 2630 (que no le ha sido asignada por el MTC, siendo que es esta empresa quien tiene el control de la gestión de dicha red. De ello se concluye inequívocamente que CLARO usa la frecuencia 2630 MHz asignada a TVS para conectarse con sus usuarios.”*

(Énfasis agregado)

espectro asignado a sus empresas vinculadas en la Banda 2.6 GHz <sup>(61)</sup>. A continuación, se representa gráficamente y de manera referencial lo verificado por el MTC en las acciones de fiscalización realizadas durante los procedimientos administrativos sancionadores, así como por la GPRC del OSIPTEL sobre la técnica de agregación de portadoras utilizada por AMÉRICA MÓVIL:

**Gráfico N° 4: Uso de la Banda 2.6 GHz por parte de AMÉRICA MÓVIL, según las verificaciones del MTC y del OSIPTEL**



Elaboración: OSIPTEL.

168. Siendo así, considerando el marco regulatorio establecido, así como lo propiamente señalado por el MTC sobre los alcances de los acuerdos de comercialización de tráfico y/o servicios, las acciones de AMÉRICA MÓVIL previamente descritas exceden los alcances del Acuerdo de Comercialización y de cualquier contrato de comercialización de tráfico y/o servicios, toda vez que para realizar aquello (el uso directo de la Banda 2.6 GHz) se requiere la autorización expresa del MTC, con la cual AMÉRICA MÓVIL no contó hasta el 20 de enero de 2020.
169. Adicionalmente, a fin de que no quede lugar a dudas sobre la ilicitud de hacer uso de una porción de espectro radioeléctrico a través de acuerdos de comercialización de servicios y/o tráfico, sin contar con los títulos habilitantes otorgados por el MTC según prevé el marco normativo, la Norma de Arrendamiento de Espectro incorporó al TUO del Reglamento el artículo 140-A, así como el numeral 18 del artículo 258, disponiendo lo siguiente:

**“Artículo 140-A.- Prohibiciones en la comercialización de servicios y/o tráfico**

*Para la comercialización de servicios y/o tráfico está prohibida la utilización, como medio de transmisión, de alguna porción de espectro radioeléctrico sobre la cual alguno de los*

<sup>61</sup> En el Informe N° 00168-GPRC/2017 del 26 de setiembre de 2017, la GPRC señaló lo siguiente:

“63. (...) En particular, se ha evidenciado que el operador Claro ya ha venido brindando servicios móviles (4G y 4G+) a sus usuarios finales empleando las asignaciones en la banda 2.6 GHz de TVS Wireless y Cablevisión, con las cuales ha logrado conformar una portadora de 2x20 MHz FDD en la configuración de la Banda 7 (ver punto E.3 del Anexo E). Del mismo modo, se ha encontrado que el operador Claro está empleando la técnica de agregación de portadoras, agrupando espectro de su asignación en la banda de 700 MHz adjudicada el año 2016, con espectro asignado a sus subsidiarias en la banda de 2.6 GHz.”  
(Énfasis agregado)



*concesionarios tiene derecho de uso; lo cual incluye la compartición, cesión o cualquier otra modalidad que permita dicha utilización al comercializador, salvo en lo aplicable a los mecanismos que permiten, expresamente, el uso de bandas de frecuencias regulados por normativa específica y para la comercialización del servicio móvil por satélite y radioenlaces digitales punto a punto.”*

**“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 involucre 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.”*

170. Al respecto, se debe destacar que la incorporación de la citada prohibición, así como de la infracción tipificada en el numeral 18 del artículo 258 del TUO del Reglamento, no implica que anteriormente a la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro el uso de espectro radioeléctrico a través de los acuerdos de comercialización haya sido una conducta legalmente permitida.

171. Por el contrario, en el Informe N° 069-2019-MTC/26 del 5 de abril de 2019, que sustenta la Norma de Arrendamiento de Espectro, se señaló expresamente que incorporar dicha precisión en el TUO del Reglamento, así como la conducta infractora, no deben entenderse como una “legalización” de conductas infractoras previas.

*“De este modo, a fin de evitar interpretaciones erróneas, se ha considerado necesario incorporar dicha precisión en el TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, así como de la conducta infractora, las cuales no deberían entenderse como una “legalización” de conductas infractoras previas, correspondiendo a las áreas competentes evaluar los hechos de acuerdo al marco legal correspondiente.”*

*(62)*

*(Énfasis agregado)*

172. Así también, ante la publicación del proyecto de Norma de Arrendamiento para comentarios, una empresa operadora de telecomunicaciones manifestó su preocupación sobre la incorporación al TUO del Reglamento de la citada infracción del numeral 18 del artículo 258, por considerar que aquella no debería dar lugar a que sea utilizada para “legalizar” usos irregulares de espectro anteriores a la Norma de Arrendamiento de Espectro, debiendo entenderse que tal precisión no se trata de una nueva tipificación <sup>(63)</sup>. Ante ello, en línea con lo también dispuesto en el Informe N° 069-2019-MTC/26, el MTC afirmó lo siguiente en la Matriz de Comentarios que forma parte del sustento de la referida Norma de Arrendamiento de Espectro:

*“En cuanto al numeral 18, se debe indicar que la redacción del numeral ha sido modificado, a fin de que esté acorde con las obligaciones previstas para la comercialización de servicios y/o tráfico previstos en el TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones; así como con la prohibición expresa que se está incorporando en dicha norma, a través de este proyecto normativo. A fin de definir que*

<sup>62</sup> Informe N° 069-2019-MTC/26, pág. 92.

<sup>63</sup> Matriz de Comentarios del Proyecto de Decreto Supremo que aprueba la Norma que Regula el Arrendamiento de Bandas de Frecuencias de Espectro Radioeléctrico para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, págs. 42-43.



los comercializadores de servicios y/o tráfico no pueden usar, como medio de transmisión, alguna porción de espectro radioeléctrico sobre la cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso.

Cable indicar que la incorporación de esta prohibición, así como de la conducta infractora no deben entenderse como una “legalización” de conductas infractoras previas, correspondiente a las áreas competentes evaluar los hechos de acuerdo al marco legal vigente.” (64)

(Énfasis agregado)

173. En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por AMÉRICA MÓVIL y los Informes Legales presentados mediante escrito del 22 de julio de 2020, antes de la emisión de la Norma de Arrendamiento de Espectro no existía tolerancia al uso de espectro radioeléctrico a través de acuerdos de comercialización de servicios; incertidumbre o falta de claridad sobre la ilicitud de su uso a través de dichos acuerdos; o, un vacío legal sobre (i) la obligación de contar con autorización del MTC para poder usar frecuencias del espectro radioeléctrico, y (ii) sobre la imposibilidad de usar frecuencias de otro concesionario mediante acuerdos de comercialización, en tanto el marco normativo era claro en señalar que el uso de espectro, sea por asignación, transferencia, cesión o arrendamiento, requiere de la autorización expresa del MTC.
174. Lo anterior es consistente con el Informe N° 069-2019-MTC/26, Informe que sustenta la Norma de Arrendamiento de Espectro, el cual indica que según el marco legal vigente los acuerdos o contratos de comercialización pueden comprender servicios producidos por los concesionarios utilizando frecuencias que tienen asignados, pero bajo ningún supuesto permiten la generación del servicio o tráfico por parte de los comercializadores usando las frecuencias de los concesionarios.

“Sobre el particular, debe indicarse que según el marco legal vigente los contratos o acuerdos de comercialización de servicios y/o tráfico, efectivamente, pueden comprender a los servicios que han sido producidos por los concesionarios utilizando o aprovechando las frecuencias que tienen asignadas; sin embargo, dicha relación no permitiría la generación de esos servicios o tráfico por parte de los comercializadores usando esas frecuencias.” (65)

(Énfasis agregado)

175. Así también fue señalado expresamente por el MTC en el Informe N° 350-2019-MTC/29.02.I, Informe Final de Instrucción del segundo PAS seguido por el MTC, al indicar lo siguiente:

“5.9.2 Al respecto, es necesario precisar que con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 015-2019-MTC, si bien la figura del arrendamiento de frecuencias no se encontraba reglamentada, el ordenamiento jurídico sí establecía con claridad que cualquier uso del espectro radioeléctrico debía ser autorizado expresamente por el MTC, a través del órgano competente. Así ha sido explicado en los acápite IV.2, IV.3, IV.4 y 5.3.10 del presente informe.”

(Énfasis agregado)

<sup>64</sup> Matriz de Comentarios del Proyecto de Decreto Supremo que aprueba la Norma que Regula el Arrendamiento de Bandas de Frecuencias de Espectro Radioeléctrico para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, pág. 42.

<sup>65</sup> Informe N° 069-2019-MTC/26, pág. 92-93.



176. En tal sentido, además que haberse verificado que el Acuerdo de Comercialización no contiene término o cláusula alguna que permita al comercializador (AMÉRICA MÓVIL) hacer uso del espectro asignado a las concesionarias (empresas vinculadas de AMÉRICA MÓVIL), no es posible afirmar que los contratos de comercialización de tráfico y/o servicios constituyan un título habilitante para el uso de espectro radioeléctrico, en tanto este tiene naturaleza y objeto distintos a los del contrato de arrendamiento de espectro radioeléctrico -el cual requiere también contar con un permiso otorgado por el MTC como título habilitante para el uso de espectro, cuya obtención solo fue posible desde el 29 de mayo de 2019-.
177. Mediante el primero, el concesionario puede comercializar, al por mayor, servicios de telecomunicaciones para cuya prestación cuenta con concesión, mientras que el comercializador únicamente puede ofrecerlos al por menor a sus usuarios finales. Esta relación no permite al comercializador (AMÉRICA MÓVIL) gestionar el espectro radioeléctrico de los concesionarios ni generar los servicios y/o tráfico objeto del contrato. Por otro lado, mediante el contrato de arrendamiento de espectro, el concesionario otorga derechos de uso sobre una porción de espectro que tiene asignada, permitiéndole al arrendatario usar dicho espectro para prestar cualquiera de los servicios para cuya prestación este último tenga concesión.
178. Por todo lo expuesto, es posible concluir que el Acuerdo de Comercialización suscrito entre la empresa AMÉRICA MÓVIL y sus empresas vinculadas no la habilitaba a hacer uso del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz asignada a estas, requiriendo para ello contar obligatoriamente con una Resolución Directoral o una Resolución Viceministerial, títulos habilitantes con lo que AMÉRICA MÓVIL no contó, cuando menos, entre julio de 2017 y enero de 2020.
179. Sobre la base de ello, en este extremo quedan también descartados los argumentos de defensa que planteó AMÉRICA MÓVIL mediante los Informes Legales presentados con su Escrito N° 17 del 22 de julio de 2020 <sup>(66)</sup>.
180. En efecto, según lo ha resaltado la recurrente en los párrafos 49 y 50 de su Escrito N° 18 del 13 de noviembre de 2020, así como en los párrafos 17 y 24 de su Escrito N° 20 del 02 de febrero de 2021, dichos Informes Legales respaldarían su interpretación de que, antes de la Norma de Arrendamiento de Espectro: (i) no existía un criterio claro respecto del uso de espectro a través de Acuerdos de Comercialización; (ii) el reproche sancionador respecto de los Acuerdos de Comercialización no era claro durante el período cuestionado, era inexistente, o en todo caso discutible; (iii) con dicha Norma se habría subsanado una deficiencia regulatoria; (iv) existía poca claridad respecto a si el uso de frecuencias distintas a las autorizadas en virtud de un Contrato de Comercialización podía configurar la infracción prevista en la segunda parte del artículo 87.2 de la Ley de Telecomunicaciones; y (v) las Resoluciones Directorales No. 1386-2018-MTC/29 y 896-2019-MTC/29.03 confirman que la suscripción de tales Acuerdos de Comercialización no constituía un supuesto sancionable.
181. Sin embargo, la evidencia legal y fáctica señalada en los párrafos precedentes de esta sección deja sin asidero todas las referidas alegaciones con las que AMÉRICA MÓVIL pretendía demostrar una supuesta falta de claridad del régimen normativo de los

<sup>66</sup> AMÉRICA MÓVIL presentó los siguientes informes de expertos, con el objeto de sustentar y ampliar los argumentos presentados en su recurso de apelación:

(i) Informe elaborado por el Estudio Cassagne (ANEXO 17-A).

(ii) Informe elaborado por el Profesor Iñigo Sanz Rubiales (ANEXO 17-B).

(iii) Informe elaborado por Estudio Rubio, Leguía y Normand (ANEXO 17-C).



Acuerdos de Comercialización antes de la Norma de Arrendamiento de Espectro, o una supuesta falta de claridad en cuanto a la imposibilidad legal de usar frecuencias no autorizadas. Además de ello, la insostenibilidad de los argumentos planteados en los Informes Legales invocados por AMÉRICA MÓVIL se ratifica más aún por las siguientes evidencias:

- Que, en realidad, para AMÉRICA MÓVIL siempre ha sido totalmente claro e “*innegable*” que el uso de la Banda 2.6 GHz requiere ser autorizado, tal como lo ha reconocido expresamente en el **párrafo 64 de su Recurso de Apelación:**

Consideramos importante que el TSC repare en el hecho que la conducta que fue denunciada por TDP y en base a la cual se imputó la supuesta infracción por violación de normas, consiste en el uso no autorizado de la Banda 2.6 GHz por parte de nuestra empresa. Si bien es innegable que nuestra empresa requiere de dicha autorización para hacer uso de dicha frecuencia de espectro, esta no es la

- Que, incluso mediante **Oficio N° 18525-2018-MTC/27, recibido por AMÉRICA MÓVIL con fecha 17 de setiembre de 2018** (cfr. Fojas 570-571), **el MTC le reiteró directamente a la empresa que, conforme al régimen normativo sobre uso del espectro radioeléctrico –vigente desde antes de la Norma de Arrendamiento del 28 de mayo de 2019–, el derecho de uso de espectro es exclusivamente para el titular de la autorización correspondiente y cualquier modificación de ese derecho requiere aprobación expresa del MTC, por lo que ningún Acuerdo de Comercialización puede alterar tal régimen normativo:**

En ese sentido, cualquier Acuerdo de Comercialización que involucre la transferencia o uso de una porción del Espectro Radioeléctrico no surte efectos jurídicos, toda vez que la administración de éste es competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien otorga el derecho de uso sobre el Espectro únicamente al titular mencionado en el dispositivo legal correspondiente; por lo que cualquier modificación a ese derecho de uso requiere de una aprobación expresa del MTC en el marco de la normativa vigente

- Que, **AMÉRICA MÓVIL, mediante su carta DMR/CE/N° 1584/18 de fecha 01 de octubre de 2018** (cfr. Fojas 578-580), **respondió enfáticamente al precitado Oficio N° 18525-2018-MTC/27**, expresando que los Acuerdos de Comercialización que había suscrito con OLO y TVS fueron celebrados y venían ejecutándolos estrictamente “*conforme a la normas correspondientes*”, en tanto tales acuerdos no implicaban, “*de modo alguno*”, la transferencia ni la cesión del uso del espectro de OLO y TVS a favor de AMÉRICA MÓVIL, con lo cual se evidencia que, incluso frente a la precisión efectuada por el MTC en dicho Oficio, **la empresa nunca manifestó algún margen de duda sobre los alcances y la aplicación de las normas de comercialización y de uso del espectro que estaban vigentes desde antes de la Norma de Arrendamiento** (cfr. párrafos 3, 7 y 8 de su referida carta):

Cabe precisar asimismo, que las empresas OLO y TVS actúan en calidad de proveedores de servicios de telecomunicaciones y que los referidos acuerdos de comercialización no implican de modo alguno la transferencia de la titularidad del espectro asignado a las mismas, ni importan una transferencia de su uso a favor de América Móvil.

En conclusión: i) los acuerdos de comercialización a los que aluden los oficios de la referencia no implican la transferencia de espectro o ni la cesión del uso de los mismos ii) dichos acuerdos han sido celebrados al amparo de la normativa aplicable; y, iii) se encuentran vigentes y se vienen ejecutando con estricto apego a lo establecido por las normas correspondientes.

Así las cosas, no corresponde que mi representada inicie un procedimiento de aprobación ante el MTC respecto de los acuerdos de comercialización arriba mencionados lo que cumplimos con informar a su despacho en respuesta a lo señalado en los oficios de la referencia.

- Que, en el **Informe Final de Instrucción N° 350-2019-MTC/29.02.I**, en el cual se sustentó la **Resolución Directoral N° 896-2019-MTC/29.03** (2do PAS del MTC), el MTC señaló enfáticamente que, desde antes de la Norma de Arrendamiento, el ordenamiento jurídico “sí establecía con claridad” que cualquier uso del espectro debía ser autorizado expresamente por el MTC:

5.9.2: Al respecto, es necesario precisar que con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 015-2019-MTC, si bien la figura del arrendamiento de frecuencias no se encontraba reglamentada, el ordenamiento jurídico sí establecía con claridad que cualquier uso del espectro radioeléctrico debía ser autorizado expresamente por el MTC, a través del órgano competente. Así ha sido explicado en los acápite IV.2., IV.3., IV.4 y 5.3.10 del presente informe.

- Que, **AMÉRICA MÓVIL**, mediante su **Escrito N° 2 del 14 de febrero de 2019** (primeros descargos de la empresa en el presente PAS), se ha referido al **objeto y efectos que atribuye a su adquisición de OLO y TVS**, así como a los **Acuerdos de Comercialización que suscribió con dichas empresas**, reconociendo que *“la comercialización es una figura regulada por el marco legal del sector telecomunicaciones”* (sic. párrafo 136 del Escrito N° 2), y expresando su entendimiento claro de que dicha estrategia comercial en conjunto sería conforme a dicho marco legal, en tanto implicaba que AMÉRICA MÓVIL únicamente comercializaría la capacidad generada por OLO y TVS, siendo así que dichas empresas titulares del espectro de la Banda de 2.6 GHz seguirían haciendo uso y control de dicho espectro que tienen asignado, puesto que AMÉRICA MÓVIL no usaría esas frecuencias que son distintas a las que tiene autorizadas (cfr. párrafos 133 y 143 del Escrito N° 2):



Ahora bien, dicha adquisición, según será explicada a detalle en la sección siguiente, no tiene como objetivo que CLARO haga uso del espectro que ha sido asignado a OLO o TVS, por el contrario, estas empresas en su calidad de concesionarios son las que siguen haciendo uso y control del espectro que les fuera asignado, siendo que CLARO únicamente comercializa la capacidad generada por ellos.

De acuerdo con ello, la imputación realizada por Telefónica y por la Secretaría Técnica que sustenta el inicio de este caso no se ajusta a la realidad: CLARO no ha utilizado frecuencias de espectro radioeléctrico distintas a las autorizadas. CLARO no hace uso del espectro de sus empresas vinculadas en la Banda 2.6 GHz.

**D) Sobre los efectos de la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro y la presunta aplicación del principio de retroactividad benigna**

182. AMÉRICA MÓVIL señala que, aún en el supuesto en que la utilización indirecta del espectro <sup>(67)</sup> a través de contratos de comercialización es una conducta que siempre estuvo prohibida -como se ha verificado-, el régimen de adecuación previsto en la Norma de Arrendamiento de Espectro determina que los titulares de contratos de comercialización que involucren uso de espectro -siempre que se sometan a este régimen- no son pasibles de sanciones durante el periodo establecido por este (6 meses), creándose una exoneración de responsabilidad respecto de las conductas realizadas de manera previa a la entrada en vigor de la referida norma.
183. En ese sentido, indica que la entrada en vigor de la Norma de Arrendamiento de Espectro y, en particular, de su periodo de adecuación, ha configurado un supuesto de retroactividad benigna por colocar a AMÉRICA MÓVIL en una situación más favorable.
184. Al respecto, el referido principio que rige la potestad sancionadora se encuentra previsto en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, el cual dispone lo siguiente:

*“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 entrar en vigor la nueva disposición.”*

(Énfasis agregado)

185. De la citada norma, se puede advertir que la aplicación del principio de retroactividad benigna parte de la premisa de que resulta aplicable una determinada disposición sancionadora. Por tanto, corresponde analizar en primer término el ámbito de aplicación y efectos de la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Norma

<sup>67</sup> Cabe resaltar que se ha acreditado previamente que la utilización del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz por parte de AMÉRICA MÓVIL ha sido directa.





de Arrendamiento de Espectro, que según AMÉRICA MÓVIL resulta aplicable por contener disposiciones más favorables. Esta disposición establece lo siguiente:

**“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.”*

(Énfasis agregado)

186. Como se puede apreciar, la citada disposición incorporó un régimen transitorio para la adecuación de los acuerdos o contratos de comercialización de servicios y/o tráfico, en los que se permite a los comercializadores el uso directo, como medio de transmisión, de alguna porción de espectro radioeléctrico sobre el cual el concesionario tiene derecho de uso<sup>(68)</sup>.
187. Lo anterior implica que en el plazo de seis (6) meses, los acuerdos de comercialización suscritos por el comercializador y concesionarios que se encuentren dentro del supuesto de hecho previsto en la referida disposición deberán ser adecuados a las disposiciones de la Norma de Arrendamiento de Espectro, adquiriendo los permisos de arrendamiento correspondientes otorgados mediante Resolución Viceministerial por el MTC.
188. Ahora bien, la Disposición Complementaria Transitoria se refiere expresamente a los acuerdos o contratos de comercialización de servicios y/o tráfico *“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”* (énfasis agregado).
189. Sin embargo, como se ha expuesto previamente en el literal anterior, el Acuerdo de Comercialización suscrito por AMÉRICA MÓVIL con OLO y TVS no contiene cláusula alguna, pacto o término que permita al comercializador AMÉRICA MÓVIL hacer uso del espectro radioeléctrico asignado a los concesionarios OLO o TVS. Por tanto, se advierte que el Acuerdo de Comercialización no se subsume en el supuesto de hecho previsto por el régimen de adecuación contenido en la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro, por lo que no le resulta aplicable.
190. En efecto, **el hecho de que el Acuerdo de Comercialización nunca estuvo comprendido en los alcances de la referida disposición de la Norma de Arrendamiento de Espectro se ratifica por la misma posición y actuación sostenida por AMÉRICA MÓVIL frente al MTC y al OSIPTEL, pues la empresa desde el inicio de los PAS negó enfáticamente que haya utilizado el espectro radioeléctrico de OLO y TVS bajo el marco de tal Acuerdo suscrito entre ellas,**

<sup>68</sup>

Así también ha sido señalado en la página 93 del Informe N° 069-2019-MTC/26 que sustenta la Norma de Arrendamiento de Espectro.



insistiendo siempre en que únicamente se habría configurado un supuesto de comercialización de servicios y/o tráfico <sup>(69)</sup>.

191. Resulta importante resaltar que, cuando OLO, TVS y AMÉRICA MÓVIL solicitaron al MTC los permisos de arrendamiento correspondientes según el marco de la Norma de Arrendamiento de Espectro, mediante Cartas N° 034-2019/MTC y N° 022-2019/MTC, respectivamente, no plantearon acogerse al régimen de adecuación previsto en dicha

69

En su primer escrito de descargos presentado ante el CCP el 14 de febrero de 2019 (Escrito N° 2), AMÉRICA MÓVIL se refirió expresamente al contenido y efectos del Acuerdo de Comercialización que suscribió con OLO y TVS, manifestando de manera enfática que, bajo el marco de dicho Acuerdo, no usaba frecuencias diferentes a las que ella tenía autorizadas, implicando así su entendimiento de que dicho Acuerdo no le permitía de modo alguno el uso del espectro que sus empresas vinculadas tenían en la Banda 2.6GHz:

De acuerdo con ello, la imputación realizada por Telefónica y por la Secretaría Técnica que sustenta el inicio de este caso no se ajusta a la realidad: CLARO no ha utilizado frecuencias de espectro radioeléctrico distintas a las autorizadas. CLARO no hace uso del espectro de sus empresas vinculadas en la Banda 2.6 GHz.

En los antecedentes de la Resolución Directoral N° 896-2019-MTC/29.03, correspondiente al segundo procedimiento administrativo sancionador seguido por el MTC contra AMÉRICA MÓVIL, se señaló que el 5 de noviembre de 2018, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos señalando, entre otros argumentos, lo siguiente:

*“(iv) Respecto a la imputación referida al uso de frecuencias distintas a la autorizada, no ha incurrido en dicha infracción (es decir, **no “utiliza” espectro radioeléctrico de otro concesionario**) sino que **únicamente está materializando un supuesto de comercialización de servicios públicos de telecomunicaciones, en base a acuerdos con las empresas Olo del Perú S.A.C. (en adelante OLO), Tvs Wireless S.A.C. (en adelante, TVS) y Cablevisión S.A.C. (en adelante, Cablevisión).**”*  
(Énfasis agregado)

En el Informe N° 350-2019-MTC/29.02.I, Informe Final de Instrucción del segundo PAS seguido por el MTC, se dejó constancia de las manifestaciones formuladas por AMÉRICA MÓVIL frente a la imputación del uso del espectro de OLO y TVS:

*“1.11 Mediante escrito presentado el 16 de mayo de 2019 (E-147423-2019), **CLARO presentó alegatos y adjuntó un informe elaborado por un equipo de profesionales (tres ingenieros y un abogado) quienes serían reconocidos investigadores de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. De acuerdo al mencionado informe, éste tiene los siguientes propósitos: (i) acreditar la existencia y operación de redes de telecomunicaciones independientes gestionadas por CLARO, OLO y TVS, a través de la visita de 17 estaciones de CLARO, en las que se encuentra la infraestructura de telecomunicaciones arrendada a OLO y TVS y (ii) comprobar que la señal en 2,600 MHz utilizando tecnologías LTE FDD o LTE TDD, es gestionada por OLO y TVS para la atención de sus clientes y de CLARO, mediante comercialización de servicios, sin que esto signifique que esta última pueda atender a sus clientes de manera diferenciada.***

*1.12 Posteriormente, mediante escrito presentado el 5 de junio de 2019 (E-170875-2019), CLARO ratificó los argumentos de defensa y agregó que, como resultado del contrato de comercialización se producen tres actividades en cadena: (i) **el concesionario (OLO y TVS) venden tráfico y/o servicios al por mayor, originados en su propia red de telecomunicaciones, haciendo uso del espectro del que es titular;** (ii) **el comercializador (CLARO) adquiere dicho tráfico y/o servicios y los integra a su oferta comercial para venderlos al por menor;** (iii) **el comercializador (CLARO) adquiere dicho tráfico y/o servicios y los integra a su oferta comercial para venderlos al por menor;** (iii) **los usuarios finales del comercializador (de CLARO) adquieren tráfico y/o servicios, a través de sus planes de servicio móvil para sus necesidades de comunicación. Por ello, a su entender, dado que OLO y TVS son titulares del espectro de la Banda 2.6 GHz, resultaba evidente que brindarán a CLARO el servicio materia de comercialización utilizando todos los recursos disponibles para dicho efecto. (...)**”*

*“5.2.1 Respecto a la imputación de este cargo, **CLARO ha planteado como argumentos de defensa los siguientes:***

- a. ***Su empresa no ha incurrido en dicha infracción, sino que únicamente está materializando un supuesto de comercialización de servicios públicos de telecomunicaciones, en base a acuerdos con OLO, TVS y Cablevisión; dicho de otro modo, **no “utiliza” espectro radioeléctrico de otro concesionario.****”*

(Énfasis agregado)



- norma. Además, en las propuestas de contratos de arrendamiento de espectro presentados al MTC, las referidas empresas no incluyeron ninguna cláusula o referencia alguna a una eventual adecuación del Acuerdo de Comercialización previamente celebrado con AMÉRICA MÓVIL.
192. Así también, cuando el MTC emitió los permisos de arrendamiento de espectro solicitados por las mencionadas empresas, mediante Resoluciones Viceministeriales N° 049-2020-MTC/03 y N° 050-2020-MTC/03, ambas del 20 de enero de 2020, no se incluyó ninguna referencia ni consideración en el sentido de que las referidas resoluciones emitidas por el MTC se amparaban en el régimen de adecuación establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro.
193. En ese sentido, este Tribunal considera que el Acuerdo de Comercialización suscrito entre AMÉRICA MÓVIL y sus empresas vinculadas OLO y TVS no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento, por lo que no resulta posible aplicar el principio de retroactividad benigna invocado por la recurrente.
194. Sobre la base de lo expuesto, en este extremo quedan también descartados los argumentos de defensa que planteó AMÉRICA MÓVIL mediante los Informes Legales presentados con su **Escrito N° 17 del 22 de julio 2020** (ver: nota al pie 62), así como el Informe Legal presentado con su Escrito N° 9 del 02 de diciembre de 2019 <sup>(70)</sup>.
195. En efecto, dichos Informes Legales discurren ampliamente sobre los efectos jurídicos que tendría la Norma de Arrendamiento y su Disposición Transitoria, respecto al Acuerdo de Comercialización que AMÉRICA MÓVIL suscribió con OLO y TVS – retroactividad benigna e inimputabilidad por actos anteriores a su entrada en vigencia-, pero en su razonamiento incurren en error al partir de una **premisa falsa**, pues, como ya se ha demostrado, lo cierto es que tal Acuerdo de Comercialización de ninguna forma se subsume ni está comprendido en los alcances de dichas disposiciones legales, conforme a su propio texto normativo expreso y según los términos y contenido expreso del referido Acuerdo.
196. Así pues, tal como lo ha entendido correctamente AMÉRICA MÓVIL según lo manifestado en las **páginas 15, 16 y 21 del Informe del Estudio Rubio, Leguía y Normand presentado con su Escrito N° 17 (ANEXO 17-C)**, el plazo de adecuación establecido en la referida Disposición Transitoria de la Norma de Arrendamiento está claramente acotado a aquellos **acuerdos de comercialización “que permitan al comercializador el uso del espectro”** autorizado al concesionario:

Conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, resulta claro que la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento tenía por objeto establecer un periodo para que los titulares de acuerdos de comercialización de servicios y/o tráfico que permitan al comercializador el uso, como medio de transmisión, de alguna porción del espectro radioeléctrico autorizado al concesionario, celebrados con anterioridad a la vigencia de dicha norma, adecúen dichos acuerdos al nuevo marco normativo.

70

Durante el trámite del presente PAS en la Primera Instancia ante el CCP, AMÉRICA MÓVIL presentó el **Informe Legal elaborado por el Estudio Echecopar (Juan Carlos Morón Urbina y Milagros Paredes Carranza)** con fecha 25 de noviembre de 2019, con el objeto de sustentar y ampliar los argumentos de sus descargos frente a la imputación de cargos formulada por la Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTEL del 26 de diciembre de 2018.



Al respecto, debemos señalar que lo sostenido por el CPP es ilógico por cuanto la aplicación de la Disposición Única Transitoria de la Norma de Arrendamiento al caso concreto no implica una aplicación retroactiva de dicha norma, puesto que precisamente está dirigida a los acuerdos de comercialización de servicios y/o tráfico que permitan al comercializador el uso, como medio de transmisión, de alguna porción del espectro radioeléctrico autorizado al concesionario, celebrados con anterioridad a la vigencia de la Norma de Arrendamiento, dado que los acuerdos de ese tipo celebrados con posterioridad a la vigencia de la Norma de Arrendamiento estarían incurso en la infracción prevista en el numeral 18 del artículo 258 del Reglamento General, la cual precisamente fue incorporada por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Norma de Arrendamiento.

197. En consecuencia, resulta legalmente insostenible la aplicación de dicha Disposición Transitoria al caso concreto del Acuerdo de Comercialización que es materia de este PAS, puesto que, tal como se ha evidenciado en los párrafos precedentes de esta sección, dicho Acuerdo no contiene ningún término o cláusula que permita al Comercializador –AMÉRICA MÓVIL-, el uso del espectro autorizado al Concesionario –OLO y/o TVS-.
198. Dicha conclusión se ratifica más aún si se tiene en cuenta lo que la propia empresa “Comercializadora” que suscribió el Acuerdo de Comercialización ha manifestado en su precitada **carta DMR/CE/N° 1584/18 de fecha 01 de octubre de 2018** (cfr. Fojas 578-580), donde **AMÉRICA MÓVIL expresamente señala que el referido Acuerdo no implica ni importa “de modo alguno” la transferencia ni la cesión del uso del espectro de OLO y/o TVS a su favor**, insistiendo en que el objeto de tales acuerdos es la comercialización de tráfico y servicios. Incluso en esa misma carta AMÉRICA MÓVIL precisó, de manera enfática, que **la mención a las “porciones de espectro” en dicho Acuerdo de Comercialización son “únicamente referenciales”**, y que, siendo una “simple referencia”, no puede inferirse que ello implique una transferencia de su uso, puesto que, **bajo el marco de tal Acuerdo, OLO y TVS son quienes usan su espectro asignado para la prestación de los servicios materia de comercialización** (cfr. párrafos 3, 4 y 5 de su referida carta):



Cabe precisar asimismo, que las empresas OLO y TVS actúan en calidad de proveedores de servicios de telecomunicaciones y que los referidos acuerdos de comercialización no implican de modo alguno la transferencia de la titularidad del espectro asignado a las mismas, ni importan una transferencia de su uso a favor de América Móvil.

Por el contrario, el objeto de dichos contratos es la comercialización de tráfico y servicios, siendo que la "mención a las porciones de espectro" a las cuales alude su comunicación es únicamente referencial en la medida que OLO y TVS utilizan su espectro asignado para la prestación de los servicios materia de la comercialización.

No puede inferirse que la simple referencia al espectro a ser utilizado para la comercialización implique que dicha comercialización constituya una transferencia de la titularidad del espectro ni una transferencia de su uso. Reiteramos que el objeto de dichos contratos es la comercialización de tráfico y servicios (para lo cual se usa el espectro que se tiene asignado), tal como consta en el anexo 2 de los mencionados acuerdos, en los cuales se hace referencia expresa a los servicios materia de comercialización (servicio portador local y de conmutación de datos por paquete – acceso a Internet).

199. Cabe reseñar también lo manifestado por AMÉRICA MÓVIL en su **Escrito N° 2 del 14 de febrero de 2019** (primer escrito de descargos presentado ante el CCP: párrafos 135, 147, 148), donde **la empresa dejó claramente entendido que el objeto y alcances del Acuerdo de Comercialización que suscribió con OLO y TVS no le permitía usar alguna porción del espectro autorizado a OLO y TVS,** afirmando enfáticamente que, **bajo el marco de dicho Acuerdo, AMÉRICA MÓVIL no usaba el espectro de OLO/TVS en la Banda 2.6 GHz,** pues eran sólo dichas empresas quienes lo usaban, como titulares de ese espectro, para “producir” el tráfico de internet en su red y revenderlo a AMÉRICA MÓVIL al por mayor, siendo esta última quien ofrece dicho tráfico a sus clientes finales:

El objeto de estos contratos de comercialización fue que las empresas que eran titulares del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz revendieran tráfico de internet a aquellas empresas del grupo que no contaran con espectro en dicha banda específica (entre ellas CLARO), quienes actuando como comercializadores podrían revender dicha capacidad a sus usuarios finales, integrándola a su oferta comercial.

De acuerdo con ello, la imputación realizada por Telefónica y por la Secretaría Técnica que sustenta el inicio de este caso no se ajusta a la realidad: CLARO no ha utilizado frecuencias de espectro radioeléctrico distintas a las autorizadas. **CLARO no hace uso del espectro de sus empresas vinculadas en la Banda 2.6 GHz.**

En efecto, dado que OLO y TVS son titulares del espectro en la Banda 2.6 GHz resulta evidente que revenderán su tráfico utilizando los recursos que tienen disponibles. Ahora bien, como resultado del contrato de comercialización OLO y TVS revenden tráfico producido utilizando sus propias redes a CLARO, para que nuestra empresa pueda ofrecerlo a su vez a sus clientes finales a través de su propia infraestructura.



200. Por otro lado, es menester señalar que el MTC en efecto precisó los efectos que debe tener la Norma de Arrendamiento de Espectro. Atendiendo a una interpretación histórica, resulta pertinente tener en consideración los antecedentes de la Norma de Arrendamiento de Espectro, entre los cuales se encuentra el Informe N° 069-2019-MTC/26 que sustenta la referida norma.
201. Como también se ha indicado previamente, en este informe se indica que la incorporación de la precisión sobre la prohibición y la conducta infractora, respecto al uso de espectro radioeléctrico mediante acuerdos de comercialización, no deben entenderse como una “legalización” de conductas infractoras previas, correspondiendo a las áreas competentes evaluar los hechos de acuerdo al marco legal vigente:

*“De este modo, a fin de evitar interpretaciones erróneas, se ha considerado necesario incorporar dicha precisión en el TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, así como la conducta infractora, las cuales no deberían entenderse como una “legalización” de conductas infractoras previas, correspondiendo a las áreas competentes evaluar los hechos de acuerdo al marco legal correspondiente.”<sup>71</sup>*

202. De igual manera, en la Matriz de Comentarios del Proyecto de Norma de Arrendamiento de Espectro también, como respuesta al comentario relativo a la importancia de que la incorporación de la infracción muy grave por el uso de espectro radioeléctrico mediante acuerdos de comercialización no se entienda como un mecanismo para deslindar responsabilidad en caso una concesionaria haya hecho uso de espectro radioeléctrico sin la correspondiente autorización en virtud de la figura de la “comercialización”, el MTC respondió lo siguiente:

*“En cuanto al numeral 18, se debe indicar que la redacción del numeral ha sido modificado, a fin de que esté acorde con las obligaciones previstas para la comercialización de servicios y/o tráfico previstos en el TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, así como con la prohibición expresa que se está incorporando en dicha norma, a través de este proyecto normativo. A fin de definir que los comercializadores de servicios y/o tráfico no pueden usar, como medio de transmisión, alguna porción de espectro radioeléctrico sobre la cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso.*

*Cabe indicar que la incorporación de esta prohibición, así como de la conducta infractora no deben entenderse como una “legalización” de conductas infractoras previas, correspondiendo a las áreas competentes evaluar los hechos de acuerdo al marco legal correspondiente.” (72)*

(Énfasis agregado)

203. Asimismo, la Disposición Transitoria Complementaria de la Norma de Arrendamiento de Espectro debe interpretarse sistemáticamente con las demás disposiciones contenidas en esta, siendo que el artículo 7 señala que **“la suscripción del contrato de arrendamiento no libera a las partes del cumplimiento de las normas de libre y**

<sup>71</sup> Informe N° 069-2019-MTC/26, pág. 92.

<sup>72</sup> Matriz de Comentarios del Proyecto de Decreto Supremo que aprueba la Norma que Regula el Arrendamiento de Bandas de Frecuencias de Espectro Radioeléctrico para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, pág. 42.



**leal competencia**, de las metas de uso ni de otras normas sectoriales” (73) (Énfasis agregado).

204. En consecuencia, se puede advertir que, inclusive si se considera que resulta aplicable la Disposición Transitoria Complementaria de la Norma de Arrendamiento de Espectro, no es posible interpretar que los efectos de esta disposición -por adecuarse a las disposiciones de la Norma de Arrendamiento de Espectro solicitando el permiso respectivo y suscribiendo el contrato de arrendamiento de espectro-exoneran o liberan de responsabilidad a aquellos agentes económicos que incumplan las normas de libre o leal competencia, correspondiendo a la autoridad de competencia evaluar los hechos conforme a la referida normativa.
205. Por otro lado, AMÉRICA MÓVIL ha señalado que el MTC ya determinó, mediante Resolución Directoral N° 896-2019/MTC/29.03, que en aplicación del régimen de adecuación de la Norma de Arrendamiento de Espectro correspondía el archivo del procedimiento administrativo sancionador sin sanción para AMÉRICA MÓVIL, siendo que el OSIPTEL carece de competencia para revisar o corregir las decisiones del MTC en materia de su competencia. Indica que desconocer esta decisión contraviene el principio de legalidad.
206. Al respecto, se debe reiterar que el único escenario en que una decisión de la autoridad sectorial competente podría afectar la competencia del OSIPTEL para imputar y, de ser el caso, sancionar por la infracción tipificada en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD consiste en que aquella hubiera determinado que el agente imputado sí cuenta con el título habilitante durante el periodo cuestionado, alterando el sustento fáctico de la imputación y correspondiente sanción, escenario que no se presenta en este caso.
207. Asimismo, se debe resaltar que los actos de violación de normas previstos en el artículo 14.2 de la LRCD tiene como elementos objetivos (i) determinar la existencia de la infracción a una norma imperativa; (ii) que dicha infracción genere una ventaja significativa para el infractor; y, (iii) que el infractor se valga o pueda valerse de dicha ventaja en el mercado. Asimismo, con relación al literal b) de dicho artículo, para acreditar la infracción de una norma imperativa se requiere que concurren los siguientes elementos: (i) que exista que una norma de carácter imperativo que obliga a un agente económico a contar con un título habilitante para desarrollar una actividad empresarial; y, (ii) que el agente económico realiza dicha actividad empresarial sin contar con el título habilitante.
208. Como se puede apreciar, este Tribunal ha evaluado y concluido que se ha configurado la infracción a las normas de carácter imperativo previstas en los artículos 117 y 204 del TUO del Reglamento, atendiendo a todos los elementos previamente citados y previstos en la LRCD para el tipo infractor establecido en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD.

73

**DECRETO SUPREMO N° 015-2019-MTC – NORMA QUE REGULA EL ARRENDAMIENTO DE BANDAS DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**

**Artículo 7.- Del contrato de arrendamiento y sus efectos**

(...)

7.4 La suscripción del contrato de arrendamiento no libera a las partes del cumplimiento de las normas de libre y leal competencia, de las metas de uso ni de otras normas sectoriales.

(...).

(Énfasis agregado)



209. En tal sentido, la decisión del MTC que, sin descartar la configuración de la conducta infractora (el uso de espectro radioeléctrico en una banda no autorizada), decide no sancionar por razones distintas, no puede impedir a la autoridad de competencia, es decir, al OSIPTEL, ejercer sus competencias y, de ser el caso, sancionar por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.
210. Al respecto, se debe resaltar que, como se ha señalado previamente, cuando el MTC decide sancionar una infracción tipificada en la normativa sectorial lo hace con el fin de tutelar, entre otros bienes jurídicos, la administración eficiente del espectro radioeléctrico, en tanto es la autoridad competente para ello. Por otro lado, cuando el OSIPTEL decide sancionar o no una infracción tipificada en la LRCD, lo hace con el fin de tutelar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo y la buena fe comercial, en tanto es la autoridad competente para ello.
211. Los anterior también ha sido reconocido por el MTC mediante el Informe N° 2037-2018-MTC/27, emitido en respuesta a las consultas efectuadas por la STCCO mediante Oficio N° 21557-2018-MTC/27 del 24 de octubre de 2018, en cuyas conclusiones resalta que *“no debe perderse de vista que el Osiptel, como agencia de competencia, es el encargado de evaluar cualquier conducta anticompetitiva de los concesionarios, entre ellas, la competencia desleal”* (74).
212. Por tanto, siempre que se cumplan con todos los elementos típicos establecidos en el tipo infractor de la LRCD, la decisión del primero no puede afectar la labor del OSIPTEL en la promoción del cumplimiento y respeto de las normas de libre y leal competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, no solo por los fundamentos expuestos líneas arriba, sino también porque ambas autoridades buscan proteger bienes jurídicos distintos.
213. Por todo lo expuesto, este Tribunal concluye lo siguiente con relación al primer elemento del tipo infractor evaluado, esto es, la existencia de una infracción a una norma imperativa:
- (i) Las normas imperativas vulneradas, que contemplan la obligación de contar con un título habilitante para hacer uso de determinadas frecuencias de espectro radioeléctrico, son los artículos 204 y 117 del TUO del Reglamento.
  - (ii) El Acuerdo de Comercialización suscrito por AMÉRICA MÓVIL con sus empresas vinculadas no la habilitaba a hacer uso de la Banda 2.6 GHz en las frecuencias asignadas a OLO y TVS, dado que para ello requería de la Resolución Directoral o Resolución Viceministerial conforme a lo dispuesto en los referidos artículos del TUO del Reglamento.
  - (iii) La Única Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento no resulta aplicable al Acuerdo de Comercialización ni impide la acreditación de

74

Informe N° 2037-2018-MTC/27 de fecha 18 de octubre de 2018, acápite III, conclusiones 4 y 5:

*“4. De manera general, los actos administrativos que facultan el uso del espectro radioeléctrico son la Resolución Directoral (para el caso de asignación de espectro radioeléctrico) y la Resolución Viceministerial (para el caso de transferencia de concesión con espectro radioeléctrico), las cuales están relacionadas con la concesión otorgada para prestar los servicios públicos de telecomunicaciones, aprobada por la respectiva Resolución Ministerial.*

*5. Conforme a la regulación sectorial, este Ministerio no tiene otro tipo de mecanismos adicionales que faculden a una persona natural o jurídica a operar en las frecuencias asignadas a un tercero; sin perjuicio de ello, no debe perderse de vista que el Osiptel, como agencia de competencia, es el encargado de evaluar cualquier conducta anticompetitiva de los concesionarios, entre ellas, la competencia desleal.”*

(Énfasis agregado)





la infracción a la norma imperativa, a efectos de la configuración de la infracción tipificada en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD.

- (iv) AMÉRICA MÓVIL no acreditó la tenencia de la Resolución Directoral o Resolución Viceministerial exigida por las normas imperativas para hacer uso de la Banda 2.6 GHz, cuando menos entre julio de 2017 y enero de 2020. Fue recién el 20 de enero de 2020 que obtuvo los permisos de arrendamiento de espectro mediante Resoluciones Viceministeriales N° 049-2020-MTC/03 y N° 050-2020-MTC/03.
- (v) Por tanto, ha quedado acreditada la infracción a la norma imperativa según lo establecido por el literal b) el artículo 14.2 de la LRCD, al no contar con el título habilitante correspondiente otorgado por el MTC para hacer uso de la Banda 2.6 GHz.

214. Habiéndose comprobado la concurrencia del primer elemento relativo a la infracción a una norma imperativa, corresponde verificar si dicha infracción generó una ventaja significativa a favor de AMÉRICA MÓVIL y si se valió o pudo valerse de ella en el mercado de servicios móviles.

### 3.1.3.2 Sobre la ventaja significativa ilícita obtenida por AMÉRICA MÓVIL

215. Como se ha expuesto anteriormente, el segundo elemento que debe concurrir para la configuración de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, según el artículo 14.1 de la LRCD, consiste en que la infracción a la norma imperativa genere al agente infractor una ventaja significativa y, por último, que el agente económico se valga o pueda valerse de esta en el mercado.
216. Sobre el particular, es importante destacar que, si bien en la presente resolución se ha desarrollado ampliamente lo relativo al uso del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz en el desarrollo de la actividad empresarial de AMÉRICA MÓVIL sin contar con el título habilitante correspondiente -como elemento del tipo necesario para acreditar la infracción al artículo 14.2.b) de la LRCD-, tal como ha sido señalado en la Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTEL que dio inicio al procedimiento administrativo sancionador, el tipo infractor de actos de violación de normas no tiene como finalidad reprimir el acto de la no tenencia de un título habilitante en sí mismo -dado que esa infracción corresponde ser sancionada por la autoridad sectorial competente (MTC)-, sino que busca sancionar el hecho que un agente económico se valga de una ventaja competitiva significativa derivada de no contar con el título habilitante (autorización, contrato u otros títulos) requeridos obligatoriamente para realizar una actividad empresarial.
217. Al respecto, la Exposición de Motivos de la LRCD ha precisado que 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, dado que el solo hecho de concurrir en el mercado sin incurrir en los costos requeridos para adecuar su actividad a los parámetros establecidos por las normas vigentes lo coloca en una situación de ventaja significativa respecto de los agentes económicos que sí incurren en dichos costos.

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



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

(Énfasis agregado)

218. En línea con lo anterior, en diversos pronunciamientos, los Cuerpos Colegiados y el TSC del OSIPTEL, así como el INDECOPI, han reconocido que la ventaja significativa para la modalidad de violación de normas prevista en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCO se verifica *per se*, es decir, con el solo hecho de concurrir en el mercado sin incurrir en los costos requeridos para contar con el título habilitante respectivo.

*“(…) 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.” (75)*

*“73. En relación al segundo requisito, es decir, la obtención de una ventaja significativa obtenida por el agente económico, derivada de la infracción de normas imperativas, el TSC considera que debe entenderse, de forma general para el supuesto analizado, como el ahorro de costos necesarios que debería realizar todo agente económico para concurrir en el mercado, así como los ingresos obtenidos como consecuencia directa de la infracción.” (76)*

*“19. Como se observa, 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, la cual se produce sin que el referido competidor haya internalizado los costos antes indicados, que sí son asumidos por quienes concurren en observancia de la ley.*

<sup>75</sup> Ver 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.

<sup>76</sup> Resolución N° 005-2016-TSC/OSIPTEL de fecha 6 de mayo de 2016, recaída en el Expediente N° 002-2015-CCO-ST/CD, en el marco del procedimiento seguido por Servicio de Telecomunicaciones Telecable RPM S.A.C. contra el señor Salomino Mamani Quispe. Ver también: Resolución N° 004-2016-TSC/OSIPTEL de fecha 6 de mayo de 2016, recaída en el Expediente N° 002-2013-CCO-ST/CD.



20. Así, la ventaja significativa representa el ahorro del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa, lo que le permite alterar las condiciones de competencia al mejorar su posición en el mercado por mecanismos distintos a su eficiencia o mayor competitividad, esto es, y por citar dos ejemplos, ofrecer precios menores o mejor calidad, sino precisamente a la infracción de una norma imperativa.<sup>(77)</sup>

(Énfasis agregado)

219. Asimismo, según los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, la ventaja competitiva puede determinarse en función a la disminución de costos en la producción o acceso privilegiado al mercado derivados de la infracción a una norma imperativa, siendo que este ahorro de costos permite al infractor alterar las condiciones de competencia, pudiendo mejorar su posición competitiva en el mercado, a través de la reducción de sus precios o mejora en la calidad de sus productos o servicios, por razones distintas a su propia eficiencia. De esta forma, para acreditarse la ventaja competitiva no es necesario verificar un resultado en el mercado, sino que la ventaja le habilita a lograr ese resultado.

(...) la ventaja competitiva puede determinarse en función a la disminución en sus costos de producción o de un acceso privilegiado al mercado. El ahorro de costos del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa le permite alterar las condiciones de competencia, pudiendo así mejorar su posición competitiva en el mercado, a través de una reducción de sus precios, por ejemplo. De este modo, para acreditarse la ventaja competitiva no será indispensable verificar un resultado en el mercado como, por ejemplo, una mayor clientela o el incremento de la participación de mercado del infractor, sino la ventaja que le habilita a lograr, potencial o efectivamente, ese resultado.

(Énfasis agregado)

220. Así también ha sido señalado en los Lineamientos de Competencia Desleal del INDECOPI, en los que se indica que “la ventaja significativa con relación a este supuesto, se da por el solo hecho de concurrir en el mercado sin autorización, contrato o título para ingresar al mismo o realizar una actividad necesaria dentro del desarrollo de la actividad económica en cuestión.”
221. En ese sentido, resulta claro que, al evaluar una conducta desleal en la modalidad de violación de normas bajo el literal b) del artículo 14.2 de la LRCO, la ventaja significativa en el mercado queda acreditada *per se*, es decir, con el solo hecho de concurrir en el mercado sin contar con el título habilitante requerido para realizar una determinada actividad económica, toda vez que el agente infractor no incurre en costos que sí son asumidos por otros agentes económicos en el mercado para su obtención, lo que le permite obtener una mejora en su posición competitiva al poder reducir precios o mejorar la calidad de sus servicios, por razones ajenas a la propia eficiencia.

<sup>77</sup>

Ver las siguientes resoluciones de la SDC del INDECOPI: (i) Resolución N° 071-2020/SDC-INDECOPI de fecha 10 de julio de 2020, recaída en el Expediente N° 035-2019/CCD, en el marco del procedimiento seguido de oficio contra Empresa de Transportes Expresa Los Húsares S.R.L.; (ii) Resolución N° 0012-2018/SDC-INDECOPI de fecha 15 de enero de 2019, recaída en el Expediente N° 007-2016/CCD, en el marco del procedimiento seguido por Caudal – Instituto de Protección al Consumidor contra Sky Foods S.A.C. y Gym Mega Force E.I.R.L.; (iii) Resolución N° 0717-2017/SDC-INDECOPI de fecha 19 de diciembre de 2017, recaída en el Expediente N° 0004-2016/CD1, en el marco del procedimiento seguido por Trafalgar S.A.C. contra Lidercon Perú S.A.C.; (iv) Resolución N° 0200-2016/SDC-INDECOPI de fecha 21 de abril de 2016, recaída en el Expediente N° 0110-2014/CCD, en el marco del procedimiento seguido por Llama Gas Pucallpa S.A. contra GLP Amazónico S.A.C.; entre otras.



222. Siendo así, en el caso concreto, que en efecto consiste en un caso de ausencia de título habilitante conforme se encuentra previsto en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCO, se ha determinado que AMÉRICA MÓVIL efectivamente concurría en el mercado sin contar con el título habilitante (Resolución Directoral o Resolución Viceministerial) requerido obligatoriamente para hacer uso de una determinada banda de frecuencias (Banda 2.6 GHz), obteniendo una ventaja significativa *per se* sobre los demás agentes económicos que sí incurrieron en los costos requeridos para obtener el mencionado título habilitante. De esta manera, quedó acreditada la ventaja significativa ilícita de la cual AMÉRICA MÓVIL pudo valerse en el mercado.
223. Cabe resaltar que, contrariamente a lo alegado por AMÉRICA MÓVIL, no se requiere verificar un resultado en el mercado, como la reducción de precios o la mejora en la calidad de los servicios móviles prestados por AMÉRICA MÓVIL derivados de la conducta infractora, sino únicamente que la ventaja lo habilitaba a alcanzar, potencial o efectivamente, ese resultado, como se ha comprobado con la prestación de sus servicios móviles haciendo uso de la Banda 2.6 GHz, sin incurrir en los costos requeridos para la obtención del título habilitante correspondiente. Siendo así, ese ahorro de costos otorgó a AMÉRICA MÓVIL la posibilidad de, por ejemplo, ofrecer sus servicios de telefonía móvil y/o acceso a internet móvil a un precio inferior al que brindan los competidores que sí incurrieron en los costos para obtener el título habilitante correspondiente.
224. Sobre este punto, con relación al ahorro de costos, el CCP consideró que AMÉRICA MÓVIL podía haber obtenido la autorización para explotar la Banda 2.6 GHz a pedido de parte y sin realizar pago al Estado, tal como lo hizo Viettel mediante Resolución N° 690-2017-MTC/17, por la cual se le asignó una porción de espectro de 44 MHz en la Banda 2.6 GHz en provincias sin efectuar pago, pero asumiendo un compromiso de inversión de US\$ 110 millones. Siendo así, estimó que este sería un monto aproximado al ahorro de costos obtenido por AMÉRICA MÓVIL por no obtener el referido título habilitante correspondiente.
225. Por su parte, AMÉRICA MÓVIL señaló que en este caso no se ha acreditado ahorro de costos alguno a su favor, dado que, si bien no incurrió en los costos descritos en la Resolución Impugnada, hizo una gran inversión al optar por la adquisición del Grupo OLO y de TVS, además de los pagos mensuales desembolsados por dicha empresa, derivados de los acuerdos de comercialización celebrados, así como el pago de aportes a PRONATEL, OSIPTEL y el MTC relacionados a los ingresos asociados a estos. Asimismo, citando pronunciamientos anteriores del CCP <sup>(78)</sup>, agregó que la correcta estimación del ahorro de costos implica comparar los costos incurridos por dicha empresa y los costos en los que debió incurrir.
226. Sin embargo, los casos a los que AMÉRICA MÓVIL hace referencia difieren del presente caso, debido a que en aquellos se hace una comparación entre el pago que se debió realizar y el pago efectivamente realizado a la empresa o a la autoridad administrativa correspondiente a fin de poder realizar lícitamente la actividad empresarial que venían desarrollando sin el título habilitante respectivo; mientras que en el presente caso, AMÉRICA MÓVIL está comparando la inversión incurrida para adquirir a OLO y TVS junto con los pagos derivados del Acuerdo de Comercialización, con la inversión en que debió incurrir por razón del compromiso de inversión asociado a la solicitud de parte de asignación de espectro radioeléctrico, los cuales responden a conceptos distintos.

---

78

Resolución N° 006-2016-CCP/OSIPTEL y Resolución N° 008-2019-CCP/OSIPTEL.



227. De esta manera, no corresponde efectuar una comparación entre dichos montos, debido a que los gastos en que efectivamente incurrió AMÉRICA MÓVIL se sustentan en aquellos derivados de operaciones que no tienen por objeto ni habilitan el uso de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz. En otras palabras, ambas operaciones son ajenas al uso lícito de espectro radioeléctrico por parte de AMÉRICA MÓVIL en la referida banda, por lo que no existe justificación válida por la cual los costos incurridos para su desarrollo deban ser considerados como parte de los costos incurridos por la empresa denunciada para explotar lícitamente el espectro en la Banda 2.6 GHz.
228. Adicionalmente, se debe señalar que la inversión en que incurrió AMÉRICA MÓVIL por la adquisición de las acciones de OLO y TVS no representa únicamente el valor de las asignaciones de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz, sino que el importe negociado, pactado y pagado por AMÉRICA MÓVIL responde a una serie de factores que pueden incluir el valor del total de los activos de OLO y TVS, la rentabilidad de las empresas, previsiones de ingresos futuros, el número de contingencias encontradas durante el *due diligence*, entre otros aspectos, de manera que no existe una relación directa y exclusiva entre tal inversión y los costos en que AMÉRICA MÓVIL debió incurrir para hacer uso lícito de la Banda 2.6 GHz.
229. Por tanto, este Tribunal concuerda con el CCP cuando indica que un compromiso de inversión de US\$ 110 millones sirve como referencia del costo que AMÉRICA MÓVIL ahorró al usar una porción de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz, asignado a sus empresas vinculadas, sin contar con el título habilitante correspondiente.
230. De otro lado, se debe señalar que existe una relación directa entre el espectro y la capacidad del servicio brindado <sup>(79)</sup>, de manera que si dos competidores (“A” con 40 MHz y “B” con 20 MHz de espectro) despliegan la misma cantidad de antenas - asumiendo que tienen el mismo número de clientes-, el competidor “A”, que hace uso de mayor cantidad de espectro, ofrecerá un servicio con mayor velocidad a sus usuarios. Siendo así, “B” tendría que desplegar más antenas que “A” con el fin de poder acercar la velocidad de sus servicios móviles a la que ofrece el competidor “A”. De esta manera, se aprecia que AMÉRICA MÓVIL, que durante el periodo de la infracción estuvo usando más espectro radioeléctrico (en la Banda 2.6 GHz) del que lícitamente tenía permitido, se ve en ventaja sobre sus competidores en términos de capacidad y/o calidad, como consecuencia de la infracción a normas imperativas.
231. Aunado a lo anterior, la GSMA ha indicado que el uso de frecuencias más altas, como la Banda 2.5 GHz, *“son más adecuadas para proporcionar la capacidad necesaria para satisfacer la demanda de altas velocidades de transferencia de datos del gran número de usuarios de las zonas urbanas”* <sup>(80)</sup>. Al respecto, es conocido que la Banda 2.6 GHz (o 2.5 GHz) tiene un alto potencial para brindar servicios de banda ancha móvil con altas velocidades, por lo que se trata de una banda altamente valorada y utilizada para la prestación de servicios LTE y 5G a nivel internacional. Inclusive, AMÉRICA MÓVIL, en su escrito de descargos, reconoció que la Banda 2.6 GHz *“permite alcanzar mejores velocidades de transmisión de datos”* y que *“Usada en combinación con bandas de menor capacidad, la sinergia creada entre ambas alcanza*

<sup>79</sup> RYSAVY Research, “LTE and 5G Innovation: Igniting Mobile Broadband”, pág. 57. Disponible en: <https://rysavresearch.files.wordpress.com/2017/08/2015-08-rysavvy-4g-america-lte-5g-innovation.pdf> (visitado por última vez el 19 de febrero de 2021).

<sup>80</sup> GSMA, “Espectro en América Latina: Aspectos claves para el crecimiento de la región”, pág. 14. Disponible en: [https://www.gsma.com/latinamerica/wp-content/uploads/2016/05/brochure-espectro\\_2016-ES.pdf](https://www.gsma.com/latinamerica/wp-content/uploads/2016/05/brochure-espectro_2016-ES.pdf) (visitado por última vez el 17 de febrero de 2021).



velocidades más altas a las de 4G LTE, es decir 4G+ y 4.5G. Así, la Banda 2.6 GHz ha sido identificada para servicios de internet móvil de alta velocidad, siendo este uno de los más demandados del sector en la actualidad” (81).

232. Siendo así, es importante considerar que el uso ilícito de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz para la prestación de sus servicios públicos de telecomunicaciones por parte de AMÉRICA MÓVIL otorgó a esta empresa la posibilidad de alcanzar mayores velocidades de transmisión de datos, mejorando la calidad de sus servicios de banda ancha móvil, por razones distintas a la propia eficiencia, esto es, por infringir normas imperativas.
233. Asimismo, cabe señalar que esta conducta también puso en desventaja a sus competidores por razones distintas a la propia eficiencia, en tanto la infracción a la norma imperativa conllevó a que AMÉRICA MÓVIL tenga acceso y haga uso de espectro en la Banda 2.6 GHz para prestar sus servicios móviles, mientras que existía la imposibilidad para los demás competidores de poder acceder lícitamente a dicha banda, debido a que: (i) durante el periodo cuestionado no tuvo lugar ningún concurso público por el cual una empresa operadora pudiera haber obtenido, acorde con el marco normativo, la correspondiente asignación de espectro en la Banda 2.6 GHz; y, (ii) los únicos titulares de derechos de uso sobre la Banda 2.6 GHz eran TVS, OLO y Entel Perú S.A., siendo que las dos primeras empresas tenían restricciones contractuales temporales para la transferencia de espectro vigentes hasta diciembre de 2020 y Entel Perú S.A. posea una pequeña porción de espectro, sin posibilidad de emplear su asignación de manera eficiente en la tecnología FDD. Por dichas razones no era posible obtener derechos de uso sobre la Banda 2.6 GHz a través de transferencias.
234. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que concurre el elemento del tipo infractor relacionado a la existencia de una ventaja significativa derivada de la infracción a la norma imperativa de la cual AMÉRICA MÓVIL podía valerse en el mercado. En consecuencia, al concurrir todos los elementos del tipo infractor, se ha acreditado la configuración de la infracción al literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, por lo cual corresponde declarar infundada la segunda pretensión impugnatoria de AMÉRICA MÓVIL y confirmar la Resolución Impugnada en este extremo.

### 3.1.3.3 Sobre el alegado eximente de responsabilidad por error inducido por la Administración

235. AMÉRICA MÓVIL señaló que en caso de que se considera que se han satisfecho las condiciones requeridas para la sanción de la conducta infractora en el marco de lo establecido en el artículo 14 de la LRCD, solicita que se considere que se ha configurado un eximente de responsabilidad de dicha infracción como resultado de un error inducido por la Administración, según lo dispuesto en el literal e) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG (82). Ello debido a que el MTC habría validado su conducta al confirmar la legalidad del Acuerdo de Comercialización, por lo que AMÉRICA MÓVIL habría actuado con la convicción de que su actuación era lícita.

81 Escrito N° 2 presentado por AMÉRICA MÓVIL con fecha 14 de febrero de 2019, numeral 122.

82 **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

**Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones**

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.

(...)



236. Sobre el particular, AMÉRICA MÓVIL indicó que, junto con sus empresas vinculadas, presentó una consulta a la DGCC del MTC con fecha 7 de diciembre de 2017, solicitando que se pronuncie sobre el contenido de sus acuerdos de comercialización suscritos, a efectos de asegurar que se encontraba operando en cumplimiento del marco legal vigente. En específico, solicitaron lo siguiente:

*“(…), se sirva emitir una respuesta expresa confirmando que los Acuerdos de Comercialización celebrados entre la empresa del Grupo OLO y éstas con América Móvil Perú S.A.C. que fueron puestos en conocimiento de las entidades correspondientes, constituyen título habilitante suficiente para la prestación de servicios en los términos y condiciones expresados en tales acuerdos.”*

(Énfasis agregado)

237. Atendiendo a la solicitud, la DGCC emitió el Oficio N° 24417-2017/MTC con fecha 15 de diciembre de 2017 señalando lo siguiente:

*“10. Al respecto, no existe regulación sobre los acuerdos de comercialización, y en consecuencia no es posible concluir que los referidos acuerdos de las mencionadas empresas sean ilegales; no obstante, es deber de los concesionarios hacer uso debido y eficiente del espectro radioeléctrico, evitando interferencias a los servicios públicos de telecomunicaciones y afectación a los usuarios.”*

(Énfasis agregado)

238. Al respecto, se debe reiterar que el Acuerdo de Comercialización suscrito por AMÉRICA MÓVIL y sus empresas vinculadas no contiene cláusula o término alguno que permita a AMÉRICA MÓVIL hacer uso del espectro en la Banda 2.6 GHz ni que disponga la transferencia, cesión y/o arrendamiento de este, asignado a OLO y TVS, a favor de AMÉRICA MÓVIL.
239. Por tanto, este Tribunal coincide con el CCP cuando señala que el texto del citado oficio del MTC no implica que el MTC reconozca la legalidad del uso directo del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz por parte de AMÉRICA MÓVIL a través del Acuerdo de Comercialización, toda vez que los términos y condiciones incluidos en este se referían únicamente a la comercialización de servicios portador y de conmutación de datos por paquetes, en oferta mayorista, para ser ofrecidos por AMÉRICA MÓVIL a sus clientes finales en el mercado minorista.
240. Lo anterior también se sustenta en la propia precisión efectuada por el MTC en el citado oficio, en el que indica que los concesionarios deben hacer uso debido y eficiente del espectro radioeléctrico, lo que implica, como señala el CCP, que estos deben cumplir con la normativa sectorial aplicable al uso del espectro, como lo son los artículos 117 y 204 del TUO del Reglamento.
241. Sobre este extremo, AMÉRICA MÓVIL indicó que el MTC no se limitó a la lectura abstracta del contenido del Acuerdo de Comercialización de manera desvinculada de las conductas que a juicio del MTC involucraban un uso de la Banda 2.6 GHz sin contar con un título habilitante, dado que el Oficio N° 24417-2017/MTC fue emitido tras las verificaciones técnicas realizadas por el propio MTC en la red de AMÉRICA MÓVIL a raíz de la solicitud de Entel del Perú S.A. que cuestionó la tenencia de un título habilitante para el uso de la referida banda de frecuencias.
242. Con relación a este argumento, se debe señalar que, atendiendo a los términos de la consulta planteada por AMÉRICA MÓVIL y sus empresas vinculadas, correspondía al MTC únicamente evaluar y pronunciarse sobre los términos y condiciones expresados



- en el Acuerdo de Comercialización, independientemente de si se estaban realizando verificaciones técnicas sobre el uso de la Banda 2.6 GHz. Esto considerando que AMÉRICA MÓVIL no manifestó en su consulta que se encontraba haciendo uso de la Banda 2.6 GHz en virtud de dicho acuerdo.
243. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que, a la fecha de la emisión del referido oficio (15 de diciembre de 2017), el MTC solamente se encontraba realizando verificaciones técnicas, aún no se había dado inicio a ninguno de los dos (2) procedimientos administrativos sancionadores seguidos por dicha autoridad contra AMÉRICA MÓVIL relacionados al uso de la Banda 2.6 GHz <sup>(83)</sup>. Inclusive, las primeras inspecciones técnicas realizadas por el MTC en estaciones base de comunicaciones, puntos de presencia y centro de control de la red (NOC) de AMÉRICA MÓVIL fueron realizadas a mediados de 2018, emitiendo el Informe N° 1616-2018-MTC/29.CGMIC.cl con fecha 18 de octubre de 2018.
244. Por tanto, en su repuesta a la consulta, el MTC no podía incluir evaluación o pronunciamiento sobre un hecho que no conocía: que AMÉRICA MÓVIL hacía uso del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz en virtud de su Acuerdo de Comercialización. Asimismo, no tenía motivo para haber establecido una relación entre un acuerdo de comercialización de servicios y/o tráfico y el uso directo de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz por parte de AMÉRICA MÓVIL, considerando que el objeto de aquel tipo de acuerdo no es el uso de dicho recurso natural.
245. Por otro lado, con relación a la falta de cuestionamiento del Acuerdo de Comercialización por parte del OSIPTEL, también alegada por AMÉRICA MÓVIL, este Tribunal también coincide con el CCP, debido a que el OSIPTEL no podría haber advertido que AMÉRICA MÓVIL incumplía las normas sectoriales en virtud del Acuerdo de Comercialización, dado que, como se ha venido señalando, dicho contrato no incluye términos que involucren transferencia, arrendamiento y/o cesión del uso total o parcial del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz asignado a OLO y TVS.
246. Además, en efecto, resulta insostenible que dichas empresas incluyeran de manera expresa la facultad de AMÉRICA MÓVIL de hacer uso de aquellas frecuencias de espectro, pese a no contar con autorización expresa del MTC, en tanto ello evidenciaría claramente un uso ilícito de dicho recurso natural y, consecuentemente, la contravención a las normas sectoriales imperativas.
247. Por lo expuesto, este Tribunal considera que no corresponde aplicar un eximente de responsabilidad –basado en error inducido por la autoridad– a AMÉRICA MÓVIL por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 14.2 de la LRCD, toda vez que ni el MTC, mediante Oficio N° 24417-2017/MTC, ni el OSIPTEL, a través de la falta de cuestionamiento al Acuerdo de Comercialización, generaron a aquella empresa la convicción legítima de que dicho acuerdo le permitía hacer uso del espectro asignado a sus vinculadas en la Banda 2.6 GHz, por lo que no se ha producido el alegado error inducido por la Administración.

83

El primer procedimiento administrativo sancionador seguido por el MTC contra AMÉRICA MÓVIL fue iniciado mediante Resolución Administrativa N° 0255-2018-MTC/29.AAFI de fecha 24 de julio de 2018. El segundo procedimiento administrativo sancionador fue iniciado mediante Resolución Administrativa N° 0445-2018-MTC/29.AAFI de fecha 18 de octubre de 2018.





### 3.2 SOBRE LA IMPUTACIÓN POR LA PRESUNTA INFRACCIÓN A LA CLÁUSULA GENERAL DE LA LRCD

#### 3.2.1 Marco normativo y conceptual de los actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general

248. El artículo 6 de la LRCD contiene la denominada cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal, la cual prohíbe los actos de competencia desleal objetivamente contrarios a la buena fe empresarial que debe orientar la concurrencia de los agentes en una economía social de mercado, cualquiera sea la forma que adopten o el medio que permita su realización. El referido artículo dispone lo siguiente:

**“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.”*

249. De esta manera, la cláusula general de la LRCD establece una tipificación general de todos los actos desleales prohibidos, de manera que las conductas expresamente descritas en la LRCD corresponden a un listado enunciativo de casos frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal.

250. Sin perjuicio de ello, también existen actos de competencia desleal que, por su novedad o por sus singulares características, no se encuentran previstos expresamente en el listado enunciativo y que, por tanto, resultan sancionables directamente en virtud de la cláusula general<sup>(84)</sup>, como infracción autónoma, siempre que encaje en la descripción general prevista en el artículo 6 de la LRCD.

251. Sin embargo, es menester señalar que la imputación por infracción a la cláusula general se debe realizar respetando su carácter residual, toda vez que no procede su aplicación cuando la conducta investigada pueda encuadrarse en alguno de los tipos infractores descritos en el listado enunciativo de la LRCD. Así ha sido reconocido en los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL:

*“Consecuentemente, la realización de las conductas listadas expresamente en la Ley de Competencia Desleal es sustancialmente una infracción a la cláusula general. Sin perjuicio de ello, también pueden existir actos de competencia desleal que, por su novedad o por sus singulares características, no se encuentran previstos expresamente en el listado enunciativo y que, por tanto, resultan sancionables directamente en virtud de la cláusula general.*

*(...)*

*No obstante, dado que el inicio de procedimientos al amparo de la cláusula general otorga gran flexibilidad para procesar diversos tipos de conductas contrarias a la buena fe empresarial, el OSIPTEL tendrá particular cuidado al identificar si un agente está recurriendo a méritos ajenos o a ventajas creadas por otros operadores, para efectos de calificar como ilícita una conducta no expresamente prevista en el listado enunciativo.*

*La flexibilidad de la cláusula general no implica una falta de rigurosidad. Así, si los hechos materia de una denuncia o una investigación de oficio califican o debieran encuadrarse dentro de uno de los supuestos incluidos en el listado enunciativo de actos*

<sup>84</sup> Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL.



de competencia desleal, el OSIPTEL deberá verificar que se cumplan con todos los requisitos establecidos en la Ley para el supuesto de competencia desleal correspondiente. En caso no se presentaran alguno de los requisitos, la práctica denunciada o investigada no podrá ser considerada como un supuesto independiente de competencia desleal por infracción a la cláusula general.

(Énfasis agregado)

252. Así también, la SDC del INDECOPI ha reconocido su carácter residual en diversos pronunciamientos:

“24. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la lista enunciativa de actos de competencia desleal permite de manera complementaria tener una mayor claridad sobre las conductas más frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal. De esta manera, el legislador estimó que la cláusula general, cuando se invoca autónomamente como sucede en el presente caso, 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 en el catálogo enunciativo.” <sup>(85)</sup>

(Énfasis agregado)

253. Adicionalmente, la doctrina también ha señalado que no procede la aplicación de la cláusula general en los casos en los que la conducta encaje en cualquiera de los tipos infractores específicos previstos en la LRCD.

“(…) no procede la aplicación de la cláusula general en los casos en los que la conducta enjuiciada encaja en todos sus aspectos en cualquiera de los actos que han merecido un tipo propio. De ahí que la comprobación de que la conducta enjuiciada se corresponde con la tipificada en particular impida enjuiciarla a la luz de la cláusula general. (...) no es lícito acudir a la cláusula general para reprimir conductas objetivamente encuadradas en tipos específicos (...)” <sup>(86)</sup>

(Énfasis agregado)

254. Por otro lado, como puede advertirse del texto del artículo 6 de la LRCD, para que se configure un acto de competencia desleal resulta indispensable que concurra un elemento determinante, el cual consiste en *“la contravención a la buena fe comercial objetiva, es decir, la realización de conductas contrarias a la buena fe empresarial que normalmente debe regir las actividades económicas en el proceso competitivo que se verifica en el mercado”* <sup>(87)</sup>.

255. En ese sentido, la ilicitud de un comportamiento en el mercado por parte de un agente económico, que conlleva a su sanción como acto de competencia desleal, encuentra sus alcances en el concepto de “buena fe comercial objetiva”. Al respecto, los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL establecen que debe *“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”*.

<sup>85</sup> Ver: (i) Resolución N° 066-2020/SDC-INDECOPI de fecha 30 de junio de 2020; (ii) 057-2017/SDC-INDECOPI de fecha 2 de febrero de 2017; (iii) Resolución N° 0633-2017/SDC-INDECOPI de fecha 10 de noviembre de 2017; (iv) Resolución N° 0048-2017/SDC-INDECOPI de fecha 26 de enero de 2017; (v) Resolución N° 0499-2017/SDC-INDECOPI de fecha 21 de agosto de 2017.

<sup>86</sup> MASSAGUER, José. “La cláusula general de prohibición de la competencia desleal”. *Advocatus*, no. 7 (2002), págs.38-39.

<sup>87</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, pág. 13.



256. Asimismo, el OSIPTEL ha señalado en anteriores pronunciamientos <sup>(88)</sup> que, para determinar si una conducta investigada se encuentra prohibida por la cláusula general, es necesario compararla con “*el comportamiento honesto, usual y proporcionado que debería tener un competidor en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones*”, considerada como la “conducta esperada”.
257. De manera similar, la SDC del INDECOPI también ha señalado que “*una conducta resultará sancionable como infracción a la cláusula general solo si representa una actuación obstruccionista en el mercado, es decir, si dificulta o entorpece indebidamente el normal desarrollo de las actividades que un empresario debe desplegar para satisfacer la demanda de los consumidores*” <sup>(89)</sup>, de manera que se afecte el interés general al imponer obstáculos a otros agentes económicos en la concurrencia en el mercado.
258. De esta forma, la LRCD sanciona aquellos actos desarrollados por los agentes económicos que estén destinados a captar consumidores y mejorar su posicionamiento en el mercado a través de medios distintos a su propia eficiencia económica y esfuerzo empresarial, generando un daño concurrencial ilícito.
259. En este orden de ideas, corresponde también tomar en consideración el artículo 1 de la LRCD, que exige que la conducta contraria a la buena fe empresarial afecte o impida, de manera real o potencial, el adecuado funcionamiento del proceso competitivo <sup>(90)</sup>. Es decir, no basta con que los efectos de la conducta contraria a la buena fe empresarial se mantengan en la esfera particular del agente económico afectado por esta, sino que debe existir una afectación al normal desarrollo del proceso competitivo, dado que la LRCD no busca proteger intereses particulares, sino el interés de todos los agentes que intervienen en el mercado, así como el orden público económico <sup>(91)</sup>.

<sup>88</sup> Ver: (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>89</sup> Ver: (i) Resolución N° 066-2020/SDC-INDECOPI de fecha 30 de junio de 2020, recaída en el Expediente N° 0153-2018/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Topsales Perú S.A.C. contra Planifica S.A.C.; (ii) Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI del 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.; y, (iii) Resolución N° 3542-2012/SDC-INDECOPI de fecha 21 de diciembre de 2012, recaída en el Expediente N° 052-2011/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Respaldo S.A.C. contra Presto Ya S.A.C. y otros.

<sup>90</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**  
**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>91</sup> Al respecto, la Exposición de Motivos de la LRCD señala lo siguiente:

“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”.

(Énfasis agregado)



260. Ahora bien, habiendo descrito los alcances generales de la cláusula general del artículo 6 de la LRCD, corresponde a este Tribunal evaluar los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL con relación a la presunta contravención al principio de tipicidad y al principio *non bis in ídem*, por haber imputado la comisión de la infracción a dicha cláusula y, a su vez, la infracción al artículo 14 de la LRCD.

### 3.2.2 Sobre la nulidad invocada por la presunta vulneración al principio de tipicidad y al principio *non bis in ídem*

261. Como se ha señalado anteriormente, mediante Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTEL del 26 de diciembre de 2018, el CCP dio inicio al procedimiento administrativo sancionador seguido contra AMÉRICA MÓVIL, imputando la comisión de actos de violación de normas, infracción tipificada en el artículo 14 de la LRCD, así como la comisión de la infracción a la cláusula general, tipificada en el artículo 6 de la LRCD. Posteriormente, mediante Resolución Impugnada, el CCP declaró responsabilidad administrativa de AMÉRICA MÓVIL por la comisión de ambas infracciones y, en consecuencia, la sancionó con una multa de 700 UIT por cada infracción.
262. AMÉRICA MÓVIL ha señalado que la misma conducta, consistente en el uso no autorizado de la Banda 2.6 GHz, habría sido investigada y sancionada tanto por infracción a la cláusula general como por la comisión de actos de violación de normas. En consecuencia, la imputación simultánea por ambas infracciones evidenciaría una vulneración al principio de tipicidad y al principio *non bis in ídem*.
263. Por su lado, TELEFÓNICA indica que el CCP ha imputado y sancionado conductas distintas que se subsumen en dos (2) tipos infractores de la LRCD, por lo que no se habrían vulnerado los mencionados principios.
264. Con relación al principio de tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG <sup>(92)</sup>, este consiste en la descripción expresa, precisa y detallada de la conducta infractora y la indicación de la sanción que corresponde a dicha infracción. En tal sentido, la autoridad no puede procesar y sancionar una conducta que no esté expresamente tipificada como infracción en el marco legal. Asimismo, la referida norma también establece que, en la configuración de los regímenes sancionadores, se evita la tipificación de infracción con idéntico supuesto de hecho y fundamento respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

92

#### DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

##### Artículo 248.- Principio de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.



265. Por tanto, como se ha señalado previamente, en aplicación de este principio, corresponde a la autoridad administrativa que al realizar la imputación de cargos elija por especialidad el tipo infractor preciso que corresponde a la conducta presuntamente infractora, a efectos de evitar la concurrencia y sanción de infracciones idénticas.
266. Asimismo, cabe resaltar que, como también ha sido señalado, la LRCD prevé un listado de los actos de competencia desleal más usuales y de mayor incidencia, cuya realización constituye una infracción a las disposiciones de la referida ley. Sin embargo, conforme se ha señalado en los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, tal listado tiene carácter meramente enunciativo, toda vez que pueden existir actos de competencia desleal que, por su novedad o por sus singulares características, no se encuentran previstos expresamente en este y que, por tanto, resultan sancionables directamente en virtud de la cláusula general.
267. En la misma línea, en la Exposición de Motivos de la LRCD se ha señalado que en el ámbito administrativo no puede elaborarse un elenco de conductas infractoras de cláusula cerrada, como sucede en el ámbito penal, por lo que la existencia de la tipificación general es suficiente para sancionar un acto que encaja en la descripción general de una conducta prevista por ley como prohibida y sancionable <sup>(93)</sup>.
268. En ese sentido, la tipificación general del artículo 6 de la LRCD permite su adaptación a las circunstancias cambiantes del mercado, sin requerir de constantes modificaciones normativas, de manera que no queden impunes conductas contrarias a la buena fe empresarial y que puedan afectar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo por el solo hecho de no encontrarse expresamente previstas en el listado enunciativo de la referida ley.
269. Será suficiente entonces que, para que una conducta sea considerada como desleal, únicamente contravenga la cláusula general prevista en el artículo 6 de la LRCD. Por lo tanto, basta que sea objetivamente contraria a la buena fe empresarial, premisa de los actos de competencia desleales, siendo el listado adicional de la LRCD de carácter enunciativo o ejemplificativo de actos, a fin de orientar a los administrados y brindar mayor certeza sobre las conductas que se entienden que infringen dicha cláusula general.
270. Sin perjuicio de ello, en efecto, no puede dejar de considerarse el carácter residual de la cláusula general, que implica que solo puede aplicarse la cláusula general cuando la conducta investigada, por su novedad y singulares características, no puede encuadrarse en alguno de los tipos infractores específicos descritos en el listado enunciativo de la LRCD.
271. No obstante, ello no implica que en un mismo procedimiento administrativo sancionador la autoridad de competencia pueda imputar y, de ser el caso, sancionar a un mismo agente económico por la comisión de una infracción expresamente prevista en el listado enunciativo de la LRCD y, a su vez, por infracción a la cláusula general. Sin embargo, este escenario solo será posible cuando se traten de conductas infractoras distintas que, por tanto, encajen en tipos infractores diferentes. Por tanto, este Tribunal deberá analizar cuál es el escenario que se presenta en el caso concreto.

<sup>93</sup> Exposición de Motivos de la LRCD, pág. 13.



272. Al respecto, la empresa imputada también invocó la vulneración al principio *non bis in ídem* <sup>(94)</sup>, el cual configura un límite a la potestad sancionadora de la Administración, al prohibir que esta imponga de manera sucesiva o simultánea una doble persecución o sanción a un mismo agente por los mismos hechos. En consecuencia, para que se configure la vulneración a este principio debe presentarse la concurrencia de la identidad de sujeto, hecho y fundamento.
273. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional <sup>(95)</sup> ha reconocido dos vertientes de este principio: una vertiente material, por la cual una persona no puede ser sancionada por una misma infracción cuando exista la identidad de sujeto, hecho y fundamento; y una vertiente procesal, por la cual un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos, lo que implica que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos. En ese sentido, se vulnera este principio cuando en la doble sanción o juzgamiento concurre la mencionada triple identidad del sujeto activo, hecho (misma conducta: acciones u omisiones) y fundamento (mismo contenido del ilícito, calificación legal o fundamento jurídico que sirve de respaldo a la persecución).

94

**DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

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

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

(...)

**11. Non bis in ídem.-** No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

95

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02704-2012-PHC/TC:

*“El ne bis in ídem es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide –en su formulación material- que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos, y por otro como el inicio de un nuevo proceso cuando concorra la referida triple identidad entre ambos procesos (Cfr. Expediente N.º 2050-2002-HC/TC, Carlos Ramos Colque, fundamento 19).*

(...)

*En materia penal, este principio se vulnera cuando en la doble sanción o en el doble juzgamiento se aprecia que concurre copulativamente la triple identidad de sujeto activo, de hecho (misma conducta: acciones u omisiones) y de fundamento (mismo contenido del ilícito penal o calificación legal). Sobre la identidad de fundamento resulta importante precisar que este principio no se vulnera en los supuestos de concurso de delitos, pues si bien en estos casos puede haber una identidad de sujeto y de hecho, el fundamento de la incriminación es diferente, en la medida de que el mismo hecho lesiona una pluralidad de bienes jurídicos tutelados por diferentes tipos penales.”*

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02493-2012-PA/TC:

*“Para saber si estamos o no ante la presencia del principio de ne bis in ídem se ha dicho hay que verificar en ambos casos la concurrencia de tres presupuestos:*

- i) Identidad de la persona perseguida (eadem persona) lo que significa que la persona física o jurídica a la cual se persigue tenga que ser necesariamente la misma.*
- ii) Identidad del objeto de persecución (eadem res), que se refiere a la estricta identidad entre los hechos que sirvieron de fundamento para el inicio tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento; es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.*
- iii) Identidad de la causa de persecución (eadem causa petendi), lo que significa que el fundamento jurídico que sirve de respaldo a la persecución tenga que ser el mismo tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento.”*

Ver también: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04234-2015-PHC/TC y Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1670-2003-AA/TC, sobre el principio *non bis in ídem*.

274. Así también, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que este principio tiene relación directa con los principios de legalidad y proporcionalidad, dado que permiten a los ciudadanos conocer anticipadamente el contenido de la reacción sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico. Sin embargo, se vaciaría de contenido a esta garantía si por un mismo hecho y fundamento se pudiera imponer a un mismo agente una nueva sanción, constituyendo una punición desproporcionada.

*“El principio del ne bis in idem material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de lex praevia y lex certa que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.º 6— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.” (96)*

(Énfasis agregado)

275. En ese sentido, es importante resaltar la relación del principio de proporcionalidad con el principio de *non bis in idem*, y la encontramos, en su manifestación material, como derecho a no ser sancionado dos veces por una misma causa, con el fin de que no se imponga más de una sanción, resultando excesivamente gravosas y perjudiciales al infractor, cuando estas sean innecesarias para el fin que persigue la administración.
276. Con relación a la triple identidad, la doctrina administrativa (97) ha señalado que (i) la identidad de sujeto consiste en que ambas imputaciones sean formuladas contra la

<sup>96</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 2050-2002-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 19.

<sup>97</sup> RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. “El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador”. Revista de Derecho de la Universidad del Norte (Colombia), págs.13 y 19.

### **2.2.2 Identidad del bien jurídico tutelado**

*La identidad en el bien jurídico protegido en las infracciones administrativas es el segundo elemento necesario para que opere el principio non bis in idem. Queremos decir con ello que para que una persona sea sancionada o se le siga un doble proceso, tanto la segunda sanción como el segundo procedimiento deben responder a bienes jurídicos diversos.*

(...)

### **2.2.3 Identidad objetiva o fáctica**

(...)

*La identidad fáctica como requisito del principio non bis in idem puede tener dos lecturas. La primera se refiere a la normativa y la segunda a la perspectiva histórica de los hechos. Sin embargo, la interpretación que se ha impuesto ha sido la normativa la que le interesa los hechos con relevancia normativa, es decir, aquellas situaciones que tengan determinadas características que se ajustan al bien jurídico protegido en la infracción (Cano Campos, 2001) y no los hechos desde una perspectiva espacio-temporal o histórica (León Villalba, 1998).”*

(Énfasis agregado)

GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda. “El non bis in idem en el Derecho Administrativo Sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIX (2017), págs. 114-116:

*“ii) Identidad objetiva, de hecho o fáctica. Importa la configuración efectiva o práctica de una acción u omisión susceptible de ser encasillada en una descripción legal típica. En efecto, no todo hecho u omisión será constitutivo de un ilícito, sólo aquellos que importen una afección a intereses y bienes jurídicos de especial importancia para el Derecho. (...)*

*iii) Identidad de fundamento punitivo. En términos simples, esta identidad busca determinar si las normas concurrentes protegen o no un mismo bien jurídico. En general las normas no establecen de manera categórica el o los bienes jurídicos que protegen, por lo cual será necesario verificar si en ellas efectivamente existe una doble protección. (...)*



misma persona en el marco de dos procesos y/o procedimientos sancionadores; (ii) la identidad de hecho consiste en que la conducta imputada debe ser la misma en ambos procesos y/o procedimientos, debiendo resaltar que lo que interesa son los hechos con relevancia normativa, es decir, aquellas situaciones que tengan características que se ajusten al bien jurídico protegido, sin considerar la calificación jurídica; y, (iii) la identidad de fundamento se refiere a la *“superposición exacta entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras, de suerte tal que si los bienes jurídicos que se persiguen resultan ser heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son iguales, no procederá la doble punición”* <sup>(98)</sup>.

277. De acuerdo con lo anterior, corresponde a este Tribunal evaluar si correspondía efectuar la imputación por infracción a la cláusula general, como lo establecido por el principio de tipicidad, y/o si concurre la triple identidad que configura la vulneración al principio *non bis in ídem*.

**(i) Identidad de sujeto**

278. En el caso concreto, la imputación por infracción a la cláusula general y por actos de violación de normas efectuada en el mismo procedimiento administrativo recae en la misma persona jurídica: AMÉRICA MÓVIL. Por tanto, existe identidad de sujeto.

**(ii) Identidad de fundamento**

279. Con relación a la identidad de fundamento, se debe señalar que los Lineamientos de Competencia Desleal establecen que *“la realización de las conductas listadas expresamente en la Ley de Competencia Desleal es sustancialmente una infracción a la cláusula general”*, toda vez que la cláusula general del artículo 6 de la LRCD contiene una tipificación general de todos los actos de competencia desleal, siendo los actos de violación de normas del artículo 14 un tipo infractor específico de la LRCD.

280. En ese sentido, resulta claro que la tipificación de los actos de violación de normas, al igual que de la infracción a la cláusula general, ambas contenidas en la LRCD, tienen como objeto la protección de un mismo bien jurídico, esto es, el adecuado funcionamiento del proceso competitivo y la buena fe comercial.

281. El bien jurídico protegido por la LRCD -lo que incluye a todos los tipos infractores previstos en esta norma- se desprende de lo establecido en los artículos 1 y 6 de la LRCD <sup>(99)</sup>, así como de lo precisado en su Exposición de Motivos:

---

*Por tanto, será nuevamente el juez o la Administración quienes tendrán que buscar, en los preceptos respectivos, el bien jurídico que se pretende proteger, de tal forma que si los bienes afectados son heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son homogéneos, en sus enunciados generales, no procederá la doble punición aunque las normas vulneradas sean distintas. (...)*  
(Énfasis agregado)

<sup>98</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena edición. Gaceta Jurídica, 2011, pág. 730.

<sup>99</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

**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.

**Artículo 6.- Cláusula general.-**





*“De acuerdo al artículo 1 del Decreto Legislativo, la finalidad de la Ley de Represión de Competencia Desleal es reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. En este punto, cabe resaltar el concepto de “proceso competitivo” como bien jurídico tutelado por la ley. Y es que la protección de este proceso tiene como correlato la procura de eficiencia económica en el mercado y de bienestar para los consumidores.*

*Conforme a lo señalado precedentemente, 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.*

(...)

*Queda así absolutamente claro que el elemento determinante de un acto de competencia desleal es la contravención a la buena fe comercial objetiva, es decir, la realización de conductas contrarias a la buena fe que normalmente debe regir las actividades económicas en el proceso competitivo que se verifica en el mercado. La lista enunciativa de actos de competencia desleal permitirá, en complemento, una mayor claridad sobre las conductas más frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal.”*

(Énfasis agregado)

282. Por tanto, se puede concluir que existe identidad de fundamento entre la imputación efectuada por la presunta infracción a la cláusula general y por actos de violación de normas, infracciones tipificadas en la LRCD.

### (iii) **Identidad de hecho**

283. Con relación a la identidad de hecho, se deben identificar en primer lugar las conductas o hechos imputados y sancionados por el CCP.
284. Al respecto, mediante el Informe de Actuaciones Previas N° 018-STCCO/2018 de fecha 10 de diciembre de 2018, la STCCO consideró que la hipótesis que define las conductas sancionables previstas en el artículo 6 y el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD se configura a partir de los siguientes hechos:

*“(i) **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 constante 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 Wireless y OLO que busca validar o legitimar un uso compartido de espectro contrario a la regulación sectorial; y,*

*(ii) El no estar en capacidad de acreditar la tenencia de una autorización administrativa (Resolución Directora o Viceministerial expedida por el MTC), exigida por la regulación sectorial para utilizar y explotar el espectro radioeléctrico.”<sup>(100)</sup>*

---

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.

(Énfasis agregado)

<sup>100</sup> Numeral 262 del Informe de Actuaciones Previas N° 018-STCCO/2018 de fecha 10 de diciembre de 2018.



(Énfasis agregado)

285. De similar manera, mediante Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTTEL de fecha 26 de diciembre de 2018, que admitió a trámite la denuncia de TELEFÓNICA y dio inicio al procedimiento administrativo sancionador, el CCP recogió lo señalado en el Informe de Actuaciones Previas e indicó lo siguiente:

*“57. De acuerdo a los fundamentos expuestos en el Informe de Actuaciones Previas N° 018-STCCO/2018, la STCCO consideró que la hipótesis que define las conductas sancionables previstas en el artículo 6° y el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal se configura, en rigor, a partir de los siguientes hechos:*

- (i) 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 constante 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 Wireless y OLO que busca validar o legitimar un uso compartido de espectro contrario a la regulación sectorial; y,*
- (ii) El no estar en capacidad de acreditar la tenencia de una autorización administrativa (Resolución Directora o Viceministerial expedida por el MTC), exigida por la regulación sectorial para utilizar y explotar el espectro radioeléctrico.*

(...)

*63. En ese sentido, considerando lo previamente expuesto, el Cuerpo Colegiado Permanente estima que en el presente caso confluyen los elementos necesarios para imputar a AMÉRICA MÓVIL el hecho infractor consistente **en desarrollar una estrategia comercial contraria a la buena fe empresarial cuyo desarrollo afecta, de manera general, las condiciones de la competencia en el mercado al omitir las prohibiciones establecidas en la regulación sectorial** y a su vez, **desarrollar sus actividades comerciales en el mercado móvil sin contar con una autorización por parte del MTC para utilizar el espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz, infracciones tipificadas en los artículos 6° y en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, respectivamente.**”*

(Énfasis agregado)

286. Asimismo, mediante Oficio N° 001-STCCO/2019, notificado el 3 de enero de 2019, la STCCO notificó a AMÉRICA MÓVIL el inicio del procedimiento administrativo sancionador en su contra, indicando lo siguiente:

*“Al respecto, conforme se encuentra expresando en la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 065-2018-CCP/OSIPTTEL del 26 de diciembre de 2018, que recoge las recomendaciones expresadas por la STCCO en el Informe N° 018-STCCO/2018, de los hechos evaluados durante la etapa de actuaciones previas, se han podido evidenciar indicios de que su representada **se encuentra desplegando una estrategia comercial contraria a la buena fe empresarial cuyo desarrollo afecta, de manera general, las condiciones de competencia en el mercado al omitir las prohibiciones establecidas en la regulación sectorial,** a la vez que **ha desarrollado sus actividades comerciales en el mercado móvil sin contar con la habilitación respectiva por parte del MTC para utilizar el espectro radioeléctrico en la Banda 2.6,** infracciones tipificadas en los artículos 6° y en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, respectivamente.”*

(Énfasis agregado)



287. Así también, con relación a ambas conductas imputadas, el CCP señaló lo siguiente en la Resolución Impugnada:

➤ **Infracción a la cláusula general:**

*“102. De manera concreta, la STCCO indica que la referida estrategia consistió en la adquisición de empresas que poseían espectro radioeléctrico, para luego suscribir un acuerdo de comercialización con las empresas vinculadas, TVS y OLO, de manera que se validase un uso compartido de espectro con infracción a la regulación sectorial. Dicha estrategia comprendía las situaciones referidas de manera conjunta, y no aisladamente.*

(...)

*104. La STCCO estimó que el medio ilícito empleado por AMÉRICA MÓVIL, en su concurrencia en el mercado por búsqueda y conservación de usuarios, se habría materializado a través de la figura de un “acuerdo de comercialización” suscrito con sus empresas vinculadas, con el objeto de crear la apariencia de un uso regular del espectro radioeléctrico y evadir las prohibiciones establecidas en la regulación sectorial.”*

(Énfasis agregado)

➤ **Actos de violación de normas:**

*“316. Como se puede apreciar, la infracción de la norma imperativa que fue imputada a AMÉRICA MÓVIL consistió en el uso del espectro radioeléctrico en la banda 2.6 MHz 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.”*

(Énfasis agregado)

288. Considerando lo expuesto, las conductas imputadas bajo ambos tipos infractores se muestran en el siguiente cuadro:

<b>Infracción a la cláusula general (artículo 6 de la LRCD)</b>	<b>Actos de violación de normas (artículo 14.2.b de la LRCD)</b>
Desarrollar una estrategia comercial contraria a la buena fe empresarial que ha tenido por objeto falsear las condiciones de la competencia, que consistió en (i) la adquisición de empresas que poseían espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz, para posteriormente (ii) suscribir el Acuerdo de Comercialización con TVS y OLO, con el objeto de validar o legitimar el uso compartido de espectro radioeléctrico contrario a la regulación sectorial o, en otras palabras, con el objeto de crear la apariencia de un uso regular del espectro y evadir u omitir las prohibiciones de la regulación sectorial.	Usar el espectro radioeléctrico de la Banda 2.6 GHz en el desarrollo de sus actividades comerciales de prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, sin contar con el título habilitante correspondiente, ya sea una Resolución Directoral o una Resolución Viceministerial, de acuerdo a las exigencias previstas en los artículos 204 y 117 del TUO del Reglamento.

289. Habiendo identificado los hechos imputados y conforme a lo expuesto en la parte inicial del presente acápite, corresponde determinar cuál es el escenario que aplica al presente caso: (i) si, con la Resolución Impugnada, se habría investigado y sancionado bajo dos tipos infractores una misma conducta que encuadra en un solo tipo infractor específico del listado enunciativo de la LRCD (violación de normas), como indica AMÉRICA MÓVIL; o, (ii) si se habría investigado y sancionado dos conductas distintas que encajan en dos tipos infractores distintos de la LRCD (cláusula general y violación de normas), como señala TELEFÓNICA.



290. Como se puede apreciar, contrariamente a lo alegado por AMÉRICA MÓVIL, no existe coincidencia de hechos entre ambas imputaciones, en tanto la conducta imputada por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas consiste en concurrir en el mercado mediante la infracción de normas imperativas al no contar con el título habilitante correspondiente para el desarrollo de sus actividades comerciales de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a través del uso de la Banda 2.6 GHz. Por otro lado, la conducta imputada por infracción a la cláusula general consiste en haber desarrollado una estrategia comercial contraria a la buena fe empresarial que tuvo por objeto falsear la competencia, reflejada en la implementación de una estrategia que consistió en la adquisición de empresas que poseían espectro en la Banda 2.6 GHz y en la suscripción del Acuerdo de Comercialización con TVS y OLO, con el objeto de validar un uso compartido de espectro, evadiendo la regulación sectorial.
291. De esta manera, de la conducta imputada se entiende que el enfoque se encuentra en que la referida evasión de la regulación sectorial sería el resultado de que, una empresa de la envergadura de AMÉRICA MÓVIL, con conocimiento del sector, habría decidido obviar los procedimientos existentes para la obtención de derechos de uso sobre espectro radioeléctrico, a través de mecanismos legales como la adquisición de empresas y la suscripción de acuerdos de comercialización de tráfico y/o servicios.
292. Coincidiendo con el CCP, a diferencia de lo alegado por AMÉRICA MÓVIL, la imputación no cuestiona la adquisición de empresas y la posterior suscripción del Acuerdo de Comercialización en sí mismas, dado que, en efecto, estas son operaciones reconocidas por el ordenamiento jurídico, sino cuestiona el haber desarrollado una estrategia utilizando estos mecanismos legales, a fin de eludir o evadir las restricciones de la regulación sectorial, falseando así las condiciones de la competencia <sup>(101)</sup>.
293. En ese sentido, la conducta imputada por infracción a la cláusula general no se limita a verificar si en el desarrollo de la actividad empresarial se hizo uso de espectro en la Banda 2.6 GHz sin contar con el título habilitante correspondiente, sino que abarca toda una estrategia que consistió en el desarrollo de una serie de acciones desarrolladas por AMÉRICA MÓVIL, tales como la adquisición de empresas y la suscripción de acuerdos de comercialización de servicios, con el objeto de crear la apariencia de un uso regular del espectro, eludiendo las prohibiciones de la regulación sectorial.
294. Asimismo, a diferencia de lo que se sanciona por la comisión de actos de violación de normas, en este caso no coinciden los elementos del tipo infractor, dado que no se evalúa la existencia de una ventaja significativa ilícita derivada de la infracción a una norma imperativa específica, sino que implica evaluar el desarrollo de toda esta estrategia que tiene como objeto falsear las condiciones de la competencia, al crear la apariencia de licitud en el uso de espectro.
295. Aunado a lo anterior, es importante señalar que la doctrina especializada ha reconocido la existencia de un cumplimiento creativo, *“mediante el cual los regulados evitan tener que infringir las normas y lo hacen eludiendo el alcance de estas mientras*

---

<sup>101</sup>

La forma en que se falsearon las condiciones de la competencia a través de la referida estrategia contraria a la buena fe empresarial fue desarrollada por el CCP en el acápite 5.1.4. de la Resolución Impugnada, en el que se señala que, por ejemplo, la existencia de un ahorro de costos e inversiones ilícito en el mercado.



*transgreden su espíritu*" (102). Estas empresas mal predispuestas y altamente capacitadas, denominadas 'calculadoras amorales' y 'cumplidores creativos', "son organizaciones que están predispuestas a evadir los principios fundamentales siempre que esto les genere un beneficio. No responderán a principios como la 'buena fe' que son requeridos por los reguladores" (103). Este texto representa la conducta que ha sido imputada por infracción a la cláusula general en el presente caso.

296. Siendo así, se puede advertir que la conducta imputada por infracción a la cláusula general aborda aspectos diferentes y más complejos que la conducta imputada por actos de violación de normas. Reducir aquella conducta al solo uso de espectro sin contar con el título habilitante no representa la real dimensión de la conducta efectuada por AMÉRICA MÓVIL, por lo que no resulta correcto equiparar ambas conductas como si se tratara de una misma.
297. De esta manera, se verifica que la conducta objeto de la imputación por infracción a la cláusula general, por sus singulares características, no encuadra en un tipo infractor específico de la LRCD, por lo que corresponde ser evaluada bajo la cláusula general.
298. Así también, AMÉRICA MÓVIL ha señalado que el presente caso se asemeja al resuelto mediante Resolución N° 0057-2017/SDC-INDECOPI (104), en el cual se imputó

<sup>102</sup> Robert Balvin, Martin Cave & Martin Lodge. Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice. Second Edition. Oxford, pág. 235.

*"This is the process whereby those regulated avoid having to break the rules and do so by circumventing the scope of a rule while breaching the spirit of the rule. Let us suppose that, in order to protect small shops, a government legislates to prohibit retail premises with over 10,000 square metres of floor space from opening on Sunday afternoons. A retail firm might creatively comply with such a rule by dividing its 12,000 square metre operation into two linked operations of 6,000 square metres. It complies with the law but avoid the thrust of the legislation."*

Traducción libre:

*"El proceso mediante el cual los regulados evitan tener que infringir las normas y lo hacen eludiendo el alcance de estas mientras transgreden su espíritu. Supongamos que, para proteger negocios pequeños, un gobierno legisla para prohibir la apertura de locales comerciales con más de 10,000 metros cuadrados de superficie los domingos por la tarde. Una empresa minorista podría de forma creativa cumplir con esta regla dividiendo sus 12,000 metros cuadrados en dos operaciones vinculadas de 6,000 metros cuadrados. Cumple con la ley pero evita el peso de esta."*

<sup>103</sup> Robert Balvin, Martin Cave & Martin Lodge. Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice. Second Edition. Oxford, pág. 305. Traducción libre de:

*"As for the ill-disposed and highly capable firms -the 'amoral calculators' and 'creative compliers'- these are organizations who are predisposed to circumvent the relevant principles whenever this is to their advantage. They will not respond to principles with the 'good faith' that would be desired by the regulators"*

<sup>104</sup> Mediante Resolución N° 0057-2017/SDC-INDECOPI de fecha 2 de febrero de 2017, recaída en el Expediente N° 118-2015/CD1-INDECOPI, emitida en el procedimiento seguido por Corporación Peruana de Productos Químicos S.A. (CPPQ) contra Soprin S.A.C., la SDC declaró la nulidad parcial de la Resolución s/n del 11 de noviembre de 2015, en el extremo en que la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal imputó a Soprin S.A.C. la presunta comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general; y, en consecuencia, declaró la nulidad de todo lo actuado en el presente procedimiento respecto al referido extremo y, vía integración, declaró improcedente dicho extremo de la denuncia.

La razón radica en que la conducta denunciada por CPPQ como presunta infracción a la cláusula general (copiar y difundir la campaña publicitaria "EL MES DE LA PINTURA" antes de que ésta sea difundida en el mercado, revelando así información reservada de CPPQ, generándole un perjuicio económico) califica como un supuesto de violación de secretos empresariales (aprovechar el secreto empresarial de CPPQ consistente en su campaña publicitaria "EL MES DE LA PINTURA"), acto que también ha sido materia de denuncia. Ambas conductas imputadas fueron las siguientes:



la presunta comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, debido a que la denunciada difundió una campaña publicitaria idéntica a la campaña publicitaria denominada “El mes de la Pintura”, que habría sido de titularidad de la denunciante, pese a que no habría sido difundida en el mercado. Por otro lado, se imputó también la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de secretos empresariales, dado que la denunciada vendría explotando, sin autorización, la información confidencial de la denunciante referida a la campaña publicitaria ya mencionada. En este caso, al SDC del INDECOPI declaró la nulidad parcial del admisorio de la denuncia en el extremo referido a la imputación por infracción a la cláusula general, por considerar que se trataba de una misma conducta.

- 299. Sin embargo, contrariamente lo alegado por AMÉRICA MÓVIL, este Tribunal considera que el criterio esbozado por la SDC del INDECOPI en dicha resolución no es aplicable al presente caso, dado que se puede advertir que, en aquel procedimiento, las conductas imputadas por infracción a la cláusula general y por violación de secretos empresariales no son autónomas entre sí, sino que la difusión de la campaña publicitaria, objeto de la primera infracción, acreditaría la comisión de la segunda infracción de violación de secretos empresariales, consistente en la explotación de la información confidencial de la denunciante sobre la misma campaña publicitaria.
- 300. Ello no se presenta en este caso, dado que, coincidiendo con lo señalado por TELEFÓNICA, el uso de mecanismos legales con el fin de evadir las restricciones de la regulación sectorial, objeto de la imputación por infracción a la cláusula general, no acredita la ausencia del título habilitante para el desarrollo de las actividades comerciales de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones de AMÉRICA MÓVIL a través del uso de la Banda 2.6 GHz, objeto de la imputación por actos de violación de normas.
- 301. Siendo así, como señala TELEFÓNICA <sup>(105)</sup>, este Tribunal considera que el presente caso se asemeja más bien al resuelto mediante la Resolución N° 0303-2013/SDC-

Infracción a la cláusula general	Violación de secretos empresariales
La denunciada copió y difundió la campaña publicitaria de CPPQ denominada “EL MES DE LA PINTURA” antes de que ésta sea difundida en el mercado, revelando así su información reservada y generándole un perjuicio económico.	La denunciada aprovechó el secreto empresarial de CPPQ consistente en su campaña publicitaria “EL MES DE LA PINTURA”.

<sup>105</sup> TELEFÓNICA señaló que la resolución citada por AMÉRICA MÓVIL no se asemeja al presente caso, sino al procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Directv Perú S.R.L., en el marco del Expediente N° 147-2011/CCD. En aquel procedimiento, mediante Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI de fecha 21 de febrero de 2013, la SDC del INDECOPI halló responsabilidad administrativa de Directv Perú S.R.L. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de denigración y, a su vez, por infracción a la cláusula general, por las conductas que se muestran en a continuación.



INDECOPI, en el marco del procedimiento seguido contra Directv Perú S.R.L. por infracción a la cláusula general, por crear una plataforma virtual contenida en el sitio web denominado [www.mehapasado.pe](http://www.mehapasado.pe), con la finalidad de recibir comentarios negativos de los usuarios respecto del servicio de televisión ofrecido por las empresas competidoras; así como por actos de denigración, por difundir videos alojados en el sitio web [www.mehapasado.pe](http://www.mehapasado.pe), dando a entender a los consumidores que Telefónica Multimedia S.A.C. brindaba respuestas impertinentes frente a reclamos de sus clientes relacionados con la prestación del servicios de televisión por cable.

- 302. La SDC del INDECOPI consideró que se trataban de conductas distintas y autónomas, dado que para corroborar el acto de denigración no requería comprobar la infracción a la cláusula general y viceversa. Lo mismo ocurre en el presente caso, dado que para acreditar la comisión de actos de violación de normas no se requiere comprobar el desarrollo de una estrategia comercial contraria a la buena fe, bastando con verificar que AMÉRICA MÓVIL no acreditó documentalmente la tenencia de un título habilitante para el desarrollo de las actividades comerciales de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; de igual manera, para demostrar la infracción a la cláusula general no resulta suficiente la mera comprobación de que AMÉRICA MÓVIL no cuenta con el título habilitante para el desarrollo de las actividades comerciales vía el uso de espectro radioeléctrico, dado que lo que se imputa es una conducta más compleja que consiste en haber desarrollado toda una estrategia utilizando mecanismos legales a fin de eludir restricciones de la regulación sectorial.
- 303. En otros términos, incluso si AMÉRICA MÓVIL no hubiese adquirido a OLO y TVS ni hubiese suscrito el Acuerdo de Comercialización, igualmente hubiera incurrido en la infracción tipificada en el artículo 14.2.b) de la LRCD, al desarrollar su actividad comercial sin contar con la Resolución Directoral o Viceministerial requerida para el uso la Banda 2.6 GHz, de acuerdo con las exigencias de los artículos 117 y 204 del TUO del Reglamento. De otro lado, si AMÉRICA MÓVIL empieza a hacer uso del espectro radioeléctrico a través de figuras alternativas que buscan eludir las restricciones impuestas por la regulación, dicha estrategia por sí misma podría encajar en el tipo infractor del artículo 6 de la LRCD, por ser contraria a la buena de empresarial.
- 304. En ese sentido, para imponer una sanción en mérito a la cláusula general no resulta necesario verificar si AMÉRICA MÓVIL contaba con el respectivo título habilitante para el desarrollo de su actividad empresarial vía la explotación del espectro radioeléctrico, de forma que se tratan de dos conductas diferentes y autónomas que encuadran en dos tipos infractores de la LRCD.

Infracción a la cláusula general	Actos de denigración
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Directv Perú S.R.L. creó una plataforma virtual contenida en el sitio web denominado <a href="http://www.mehapasado.pe">www.mehapasado.pe</a>, con la finalidad de recibir comentarios de los usuarios respecto del servicio de televisión por cable ofrecido por las empresas competidoras.</li> <li>▪ La SDC consideró que con esta plataforma la denunciada buscó exaltar los presuntos problemas de las empresas competidoras, a efectos de que puedan ser criticadas negativamente por los consumidores insatisfechos con el servicio que proveen y exponer la información al público en general.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Directv Perú S.R.L. difundió cuatro videos alojados en el sitio web <a href="http://www.mehapasado.pe">www.mehapasado.pe</a>, dando a entender a los consumidores que Telefónica Multimedia S.A.C. brinda respuestas impertinentes frente a reclamos de sus clientes relacionados con la prestación del servicio de televisión por cable.</li> <li>▪ La SDC consideró que con esta conducta la imputada trasladó al mercado mensajes de carácter subjetivo que afectan el crédito comercial de un competidor, cuya veracidad no requiere ser evaluada, dada la naturaleza subjetiva de la información.</li> </ul>



305. Siendo así, si bien existe identidad de sujeto (AMÉRICA MÓVIL) e identidad de fundamento (buena fe comercial y el proceso competitivo), no concurre la identidad de hecho, dado que se tratan de dos conductas diferentes y autónomas. Por tanto, al no presentarse la triple identidad, no existe vulneración al principio *non bis in ídem*, previsto en el artículo 248 numeral 11 del TUO de la LPAG.
306. Asimismo, como se ha señalado previamente, se verificó que se trata de una conducta que, por sus singularidades, no encuadra en un tipo infractor específico de la LRCD, sino en la cláusula general. En ese sentido, toda vez que la imputación efectuada por infracción a la cláusula general es correcta, no existe vulneración al principio de tipicidad, previsto en el artículo 248 numeral 4 del TUO de la LPAG.
307. Por lo expuesto, este Tribunal considera que corresponde declarar INFUNDADA la tercera pretensión impugnatoria contenida en el recurso de apelación de AMÉRICA MÓVIL.

### 3.2.3 Sobre la nulidad invocada por la presunta vulneración al principio del debido procedimiento

308. Según lo ha precisado la recurrente en el párrafo 354 de su recurso, el cuestionamiento que formula en esta Cuarta Pretensión está referido a que la Resolución Impugnada habría incluido en su análisis y sustento de sanción dos (2) hechos nuevos que no fueron materia de pronunciamiento en la Resolución de Inicio ni en el Informe Instructivo, siendo que tales hechos cuestionados como “hechos nuevos” serían: (i) el presunto acaparamiento de espectro, y (ii) el presunto uso ineficiente.
309. Al respecto, tal como la propia empresa AMÉRICA MÓVIL reconoce en el párrafo 349 de su recurso de apelación, en la referida Resolución de Inicio del PAS, que constituye la resolución de imputación (Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTEL), “el CCP recoge las conclusiones arribadas por la STCCO mediante Informe de Actuaciones Previas N° 018-STCCO/2018”. Y en efecto, así está expresamente señalado en el párrafo 57 de la citada Resolución de Inicio, donde el CCP empieza declarando que la decisión de iniciar el PAS contra AMÉRICA MÓVIL se adopta “De acuerdo a los fundamentos expuestos en el Informe de Actuaciones Previas N° 018-STCCO/2018”.
310. Pues bien, teniendo en cuenta que el acotado Informe de Actuaciones Previas forma parte de la Resolución de Inicio –y fue debidamente notificado a AMÉRICA MÓVIL junto con dicha resolución-, debe advertirse que en sus párrafos 176 al 203 se encuentra ampliamente desarrollada y fundamentada la imputación de los dos (2) hechos que ahora la recurrente cuestiona equivocadamente como “hechos nuevos”, pues en tal Informe se formulan conclusiones expresas sobre la imputación del presunto acaparamiento de espectro y el presunto uso ineficiente de espectro, tal como se puede evidenciar claramente de los siguientes párrafos más relevantes de dicho Informe:
190. Cabe destacar que el acaparamiento del espectro lleva a un uso ineficiente, ya que implica poseer una cantidad de espectro mayor a la necesaria. Esto a su vez genera que el poseedor mantenga espectro en desuso, que no es productivo, y que en algunos casos le puede generar ciertos costos. Por supuesto, el acaparamiento del espectro también evitará que otros competidores puedan usar el espectro de forma que sí sea eficiente.





197. La forma en la que el Grupo América Móvil viene usando el espectro en la banda de 2.6 GHz al que tiene derechos es altamente ineficiente, y constituye un acaparamiento de este recurso que tendría efectos negativos sobre la competencia en el mercado. Una de las ineficiencias que se detalla en el Informe N° 166-GPRC/2017 de la GPRC se refiere a la imposibilidad que tendría Entel de generar una configuración en FDD para utilizar la tecnología LTE, ya que pese a contar con una asignación de espectro en la Banda de 2.6 GHz, no cuenta con el segmento de subida que requiere este tipo de configuración. Y es que este segmento de subida está en manos de OLO, empresa vinculada a AMÉRICA MÓVIL. De esta manera, considerando las pruebas realizadas por la GPRC y la propia Telefónica, se observa que AMÉRICA MÓVIL solamente estaría utilizando 40 MHz (20 + 20 MHz) de un total de 114 MHz a cuyos derechos accede como grupo empresarial.
198. De esta manera, AMÉRICA MÓVIL está acaparando espectro que podría ser usado por otro operador en TDD, al mismo tiempo que acapara espectro sin aparear que podría ser usado por otro operador en una configuración FDD.
199. Así, a través de este acaparamiento del espectro AMÉRICA MÓVIL y sus vinculadas incurrirían en una conducta contraria a la buena fe empresarial, al haber diseñado y puesto en ejecución una estrategia operacional que omite la prohibición establecida en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, buscando adquirir empresas que cuenten con autorizaciones para utilizar el espectro en la Banda 2.6 y posteriormente utilizar las porciones de espectro asignadas a dichas empresas a través de un mecanismo desleal, como es el caso de acuerdos de comercialización que disfrazan un uso no regular o no autorizado del espectro radioeléctrico, generando para sí 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.
200. En efecto, la mejor posición competitiva de AMÉRICA MÓVIL, derivada del diseño de esta estrategia empresarial contraria a la buena fe comercial, no se puede explicar por la eficiencia económica del agente investigado, por lo que es susceptible de constituir un acto contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que justifica el inicio de un procedimiento sancionador en su contra.
311. Siendo así, tratándose de hechos que fueron debidamente imputados y notificados a la empresa AMÉRICA MÓVIL desde el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, queda plenamente descartado el cuestionamiento planteado en este extremo de su recurso de apelación, correspondiendo declarar INFUNDADA esta Cuarta Pretensión Impugnatoria.
- ### 3.2.4 Evaluación de la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general de la LRCD
312. En octubre de 2014, AMÉRICA MÓVIL y TELEFÓNICA suscribieron un contrato denominado “*Transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, cesión de obligaciones y compromisos de coubicación y capacidad*”, a través del cual AMÉRICA MÓVIL adquiriría 10 MHz de espectro radioeléctrico en las bandas 1725-1730 MHz y 2125-2130. Sin embargo, para ello AMÉRICA MÓVIL requería de la aprobación previa



- de transferencia de espectro radioeléctrico por parte del MTC, quien denegó la solicitud en diciembre de 2015 <sup>(106)</sup>.
313. Posteriormente, tras un proceso de negociación iniciado en febrero de 2015 entre AMÉRICA MÓVIL y las empresas Metsanco Limited, Broadband Wireless Development Corp, Dafoli Investment Ltd y Lynwood Gree Limited e Investment Construction Technology (ICT) Group Ltd, con fecha 8 de mayo de 2016, AMÉRICA MÓVIL adquirió el 100% de las acciones de las empresas OLO y TVS, que tenían derechos de uso de la Banda 2.6 GHz para prestar sus servicios públicos de telecomunicaciones.
  314. Siendo así, se aprecia que, en el año 2016, AMÉRICA MÓVIL, como grupo económico, incrementó de manera considerable la cantidad de espectro radioeléctrico del que hacía uso.
  315. Luego de la adquisición de OLO y TVS, con fecha 19 de octubre de 2016, AMÉRICA MÓVIL y sus empresas vinculadas (OLO y TVS) suscribieron el ya mencionado Acuerdo de Comercialización, donde AMÉRICA MÓVIL se constituyó como comercializador y OLO y TVS como concesionarios.
  316. Al respecto, un aspecto importante a considerar consiste en que la adquisición de empresas (OLO y TVS) no otorgaba por sí misma a AMÉRICA MÓVIL el derecho de uso sobre el espectro asignado a sus empresas vinculadas, dado que para ello requería del título habilitante correspondiente otorgado de manera previa y expresa por el MTC.
  317. De esta forma, AMÉRICA MÓVIL, como la segunda empresa con mayor participación en el mercado móvil y amplia experiencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, con pleno conocimiento de la exigencia de contar con un título habilitante previo otorgado por el MTC para hacer uso del espectro radioeléctrico conforme lo dispuesto en el TUO del Reglamento, presentó con fecha 18 de mayo de 2018 ante dicha autoridad sectorial las respectivas solicitudes de transferencia de espectro asignado a TVS y OLO a su favor. Sin embargo, dichas solicitudes fueron denegadas por el MTC mediante Resoluciones Viceministeriales N° 609-2018-MTC/03 y N° 610-2018-MTC/03 de fecha 2 de julio de 2018.
  318. Es importante señalar que, con anterioridad a dichas solicitudes, OLO y TVS solicitaron al MTC la transferencia de la concesión y espectro (en la Banda 2.6 GHz) asociado de VELATEL y de CABLEVISIÓN, respectivamente, a su favor. Estas solicitudes de transferencia fueron aprobadas por el MTC por aplicación del silencio administrativo positivo, pese a la opinión de la GPRC del OSIPTEL de denegarlas. Cabe mencionar que, en virtud de ello, el 22 de diciembre de 2017, TVS y OLO incorporaron una adenda a sus respectivos contratos de concesión, incluyendo una cláusula en la que se establecieron restricciones temporales de transferencia de dicho espectro asignado por un plazo de tres (3) años contados desde la suscripción de la adenda.
  319. De esta manera, con dichas transferencias aprobadas, ambas empresas, OLO y TVS, acumularon mayor cantidad de espectro en la Banda 2.6 GHz, para posteriormente presentarse la solicitud de transferencia del total de ese espectro en dicha banda a

<sup>106</sup>

Según el escrito de descargos de AMÉRICA MÓVIL (pie de página 17), el MTC anuló la decisión de denegar la referida solicitud. No obstante, AMÉRICA MÓVIL se desistió de continuar con la solicitud de transferencia de espectro, debido a que el mismo día le adjudicaron el bloque B de la Banda de 700 MHz.



favor de AMÉRICA MÓVIL, a pesar de conocer las restricciones temporales de transferencia de espectro incluidas en el contrato de concesión de OLO y TVS.

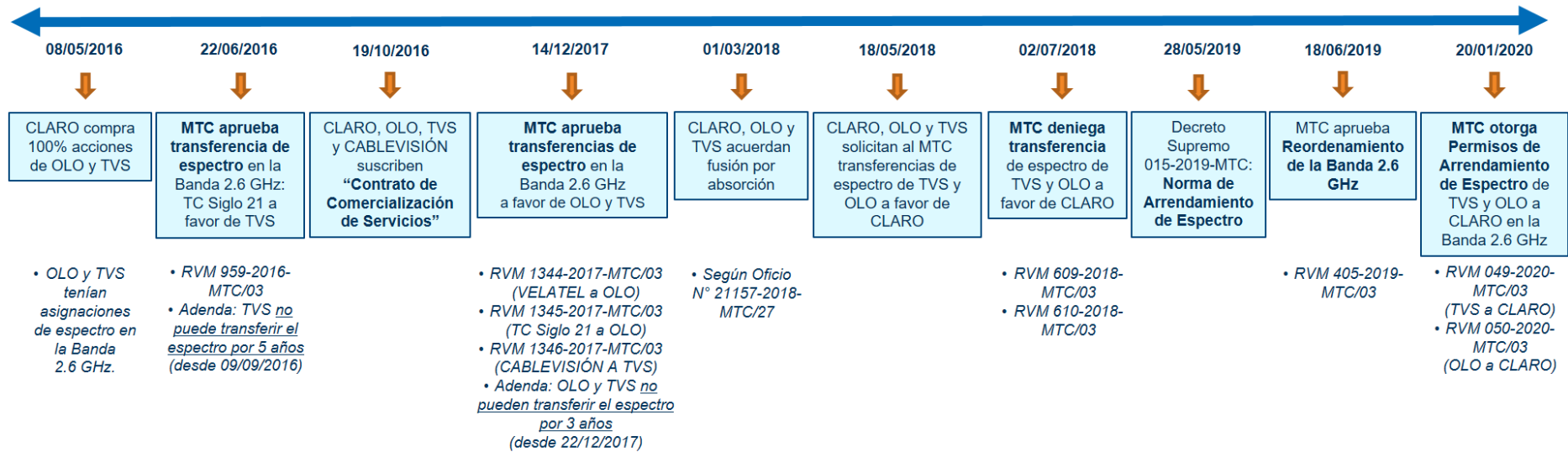
320. Estos hechos, ampliamente desarrollados por el CCP en la Resolución Impugnada y que no han sido cuestionados por AMÉRICA MÓVIL, demuestran las acciones ejecutadas por AMÉRICA MÓVIL, consistentes en la adquisición de empresas que contaban con asignaciones de espectro en la Banda 2.6 GHz con la finalidad de obtener derechos de uso en la Banda 2.6 GHz, de conformidad con las restricciones de la regulación sectorial que exigen contar con una autorización del MTC, aunque omitiendo la existencia de las referidas restricciones temporales para la transferencia de espectro de OLO y TVS.
321. A continuación, se muestra una línea del tiempo con los hechos sirven de sustento fáctico de la conducta imputada por la infracción a la cláusula general, referida al diseño y desarrollo de la estrategia comercial contraria a la buena fe empresarial.

**CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA**



Gráfico N° 5:

Línea del tiempo sobre los hechos relevantes en el análisis de la comisión de la infracción tipificada en el Art. 6 de la LRCD



Elaboración: STTSC.



322. Ahora bien, a pesar de no haber obtenido el título habilitante requerido para el uso del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz, como ha quedado acreditado en el literal B) del acápite 3.1.3., AMÉRICA MÓVIL ha venido haciendo uso del espectro en la Banda 2.6 GHz asignado a sus empresas vinculadas. Sobre este punto, cabe mencionar que, en un principio, AMÉRICA MÓVIL negó abiertamente al MTC y al OSIPTEL que hacía uso del espectro de sus vinculadas en la Banda 2.6 GHz <sup>(107)</sup>, lo cual ha sido plenamente desvirtuado por el MTC y por este Tribunal conforme lo expuesto en el mencionado acápite 3.1.3. literal B) de esta resolución.
323. Más aún, poco tiempo después de la adquisición del 100% de las acciones de TVS y OLO, AMÉRICA MÓVIL empezó a hacer uso del espectro en la Banda 2.6 GHz asignada a dichas empresas (hecho que ha quedado acreditado de forma indiscutible), mientras que a su vez presentó al MTC solicitudes de transferencia de espectro radioeléctrico asignado a OLO y TVS a su favor, lo que evidencia que AMÉRICA MÓVIL sabía que requería de la aprobación de la transferencia de espectro por parte del MTC a fin de poder hacer uso lícito del espectro en cuestión.
324. Estamos entonces ante hechos que demuestran que AMÉRICA MÓVIL decidió eludir los alcances de la regulación que exige los referidos títulos habilitantes y elaborar esta estrategia consistente en la adquisición de empresas con derechos de uso sobre la Banda 2.6 GHz, para posteriormente suscribir el Acuerdo de Comercialización, a fin de brindar sus servicios móviles en 4G y 4.5G haciendo uso directo del espectro radioeléctrico en dicha banda, pese a que no lo tenía permitido.
325. Por su lado, AMÉRICA MÓVIL señala que ni la adquisición de empresas ni la suscripción de contratos de comercialización pueden ser considerados como conductas objetivamente contrarias a la buena fe comercial, y que estos contratos no solo fueron siempre de pleno conocimiento del OSIPTEL, sino que su licitud fue expresamente confirmada por el propio MTC.
326. Agrega que dichos hechos no pueden ser considerados contrarios a la buena fe, en un contexto en donde no había regulación suficiente para el mercado secundario de espectro, el uso de estructuras contractuales como la comercialización permitía hacer una utilización eficiente de este escaso recurso.
327. Asimismo, indica que no existe mala fe debido a que se debió a un error inducido por el MTC, y que en noviembre de 2016 informaron al OSIPTEL de la celebración de los contratos de comercialización y que la entidad lejos de emitir observaciones o cuestionamientos a su celebración o contenido- procedió a publicar dichos contratos en su portal web.
328. Señala también que, ante la incertidumbre que le generó las investigaciones desplegadas, solicitó a la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC (DGCC) que confirmara la legalidad de los contratos de comercialización celebrados, y precisa que todo eso fue hecho en el contexto de las fiscalizaciones efectuadas por el MTC a raíz de los cuestionamientos presentados por Entel Perú

<sup>107</sup>

Por ejemplo, en su escrito de descargos, AMÉRICA MÓVIL indicó lo siguiente:

*“143. (...), la imputación realizada por Telefónica y por la Secretaría Técnica que sustenta el inicio de este caso no se ajusta a la realidad: CLARO no ha utilizado frecuencias de espectro radioeléctrico distintas a las autorizadas. CLARO no hace uso del espectro de sus empresas vinculadas en la Banda 2.6 GHz.”*

(Énfasis agregado)



S.A. sobre el uso no autorizado de espectro radioeléctrico. Asimismo, indica que el MTC emitió el pronunciamiento, confirmando la legalidad de los referidos contratos, con pleno conocimiento, no solo del texto de dichos acuerdos, sino de sus implicancias concretas y de los cuestionamientos que con relación al uso de la Banda 2.6 GHz se habían presentado.

329. Finalmente, AMÉRICA MÓVIL afirma que fue mediante el Oficio N° 24417-2017-MTC/27 emitido por la DGCC con fecha 15 de diciembre de 2017, que el MTC validó la conducta de AMÉRICA MÓVIL al confirmar la legalidad de los contratos de comercialización, por lo que, en todo caso habría sido su propia actuación la que los habría inducido a error determinando un eximente de responsabilidad.
330. Ahora bien, resulta pertinente recordar que ni el CCP ni este Tribunal cuestionan las operaciones de adquisición de empresas y suscripción de acuerdos de comercialización en sí mismas, dado que, en efecto, estas son operaciones reconocidas por el ordenamiento jurídico, sino que cuestiona el hecho de haber desarrollado una estrategia utilizando estos mecanismos legales, a fin de eludir o evadir las restricciones de la regulación sectorial, falseando así las condiciones de la competencia.
331. Por otro lado, es importante resaltar en este punto lo ya analizado en el numeral 3.1.3.1 de la presente resolución, debido a que la propia AMÉRICA MÓVIL ha manifestado en su precitada carta DMR/CE/N° 1584/18 de fecha 01 de octubre de 2018 (cfr. Fojas 578-580), que el referido Acuerdo de Comercialización no implicaba ni importaba “de modo alguno” la transferencia ni la cesión del uso del espectro de OLO y/o TVS a su favor, insistiendo en que el objeto de tales acuerdos es la comercialización de tráfico y servicios. Incluso en esa misma carta AMÉRICA MÓVIL precisó, de manera enfática, que la mención a las “porciones de espectro” en dicho Acuerdo de Comercialización son “únicamente referenciales”, y que, siendo una “simple referencia”, no puede inferirse que ello implique una transferencia de su uso, puesto que, bajo el marco de tal Acuerdo, OLO y TVS son quienes usan su espectro asignado para la prestación de los servicios materia de comercialización, por tanto afirmar ahora que fue transparente en su actuación y que dichos acuerdos permitían hacer una utilización eficiente del espectro, resulta contradictorio.
332. Se ha señalado también en el numeral 3.1.3.3 de la presente resolución que, atendiendo a los términos de la consulta planteada por AMÉRICA MÓVIL y sus empresas vinculadas, correspondía al MTC únicamente evaluar y pronunciarse sobre los términos y condiciones expresados en el Acuerdo de Comercialización, considerando que AMÉRICA MÓVIL no manifestó en su consulta que se encontraba haciendo uso de la Banda 2.6 GHz en virtud de dicho acuerdo.
333. Fue posteriormente que, durante la audiencia de informe oral llevada a cabo el 18 de diciembre de 2020 en esta instancia, AMÉRICA MÓVIL reconoció que hacía uso de la Banda 2.6 GHz como medio de transmisión en virtud del referido Acuerdo de Comercialización, pese a que, como se ha desarrollado en literal C) del acápite 3.1.3.1. de la presente resolución, dicho acuerdo no permite al comercializador (AMÉRICA MÓVIL) hacer uso de frecuencias de espectro radioeléctrico de los concesionarios (OLO y TVS) y que inclusive el MTC como autoridad sectorial competente ha dejado claramente establecido que, antes de la emisión de la Norma de Arrendamiento de Espectro, el marco legal era claro en establecer la exigencia de contar con una Resolución Directoral o una Resolución Viceministerial para hacer uso del espectro radioeléctrico, siendo que dicha autoridad no otorga



derechos de uso de espectro radioeléctrico mediante acuerdos de comercialización de servicios y/o tráfico.

334. Cabe señalar que no existe argumento válido que permita desprender que AMÉRICA MÓVIL no conocía o no tenía claras las exigencias previstas en la regulación sectorial sobre el procedimiento requerido para obtener el título habilitante necesario para hacer uso del espectro radioeléctrico, dado que se trata de una empresa con más de 15 años de experiencia operando en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, por lo que no puede alegar desconocimiento del marco legal.
335. En adición a lo anterior, como ya se ha señalado, se debe considerar que a la fecha de la emisión del referido oficio (15 de diciembre de 2017), el MTC solamente se encontraba realizando verificaciones técnicas, aún no se había dado inicio a ninguno de los dos (2) procedimientos administrativos sancionadores seguidos por dicha autoridad contra AMÉRICA MÓVIL relacionados al uso de la Banda 2.6 GHz.
336. Por tanto, en su repuesta a la consulta, el MTC no podía incluir evaluación o pronunciamiento sobre un hecho que no conocía: que AMÉRICA MÓVIL hacía uso del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz en virtud de su Acuerdo de Comercialización.
337. Adicionalmente, con relación a la falta de cuestionamiento del Acuerdo de Comercialización por parte del OSIPTEL, así como la inexistencia de algún ocultamiento de dicho acuerdo -argumentos alegados por AMÉRICA MÓVIL-, si bien este fue presentado al OSIPTEL, esta autoridad no podría haber advertido que AMÉRICA MÓVIL incumplía las normas sectoriales en virtud del Acuerdo de Comercialización, dado que, como se ha venido señalando, dicho contrato no incluye términos que involucren transferencia, arrendamiento y/o cesión del uso total o parcial del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz asignado a OLO y TVS. Por tanto, no es posible concluir que el MTC habría confirmado la legalidad del Acuerdo de Comercialización como instrumento que permita el uso de la referida banda de espectro.
338. Por tales motivos, y considerando que ha quedado acreditado que AMÉRICA MÓVIL utilizó su Acuerdo de Comercialización a fin de generar una apariencia de mantener una relación de comercialización de servicios y lograr hacerse de frecuencias de espectro cuyo uso no tenía permitido, este Tribunal desestima los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL dirigidos a justificar una supuesta buena fe en el desarrollo de su estrategia comercial, dado que, coincidiendo con los argumentos del CCP, su conducta representa un fraude a la ley, al buscar eludir los alcances de las prohibiciones de la regulación sectorial, a fin de hacer un uso compartido de espectro radioeléctrico sin contar con la debida autorización del MTC.
339. De esta manera, buscó utilizar mecanismos legales a fin de encubrir un incumplimiento de la regulación sectorial, con el objetivo de obtener una mejora en su posición competitiva por razones distintas a la propia eficiencia económica, conducta que resulta contraria a la buena fe empresarial.
340. Con relación al daño concurrencial ilícito y a la mejora en la posición competitiva de AMÉRICA MÓVIL derivada de la comisión de la conducta imputada por infracción a la cláusula general, este Tribunal concuerda con los argumentos expuestos en el acápite 5.1.4. de la Resolución Impugnada, al determinar que en este caso lo que



ha ocurrido es que AMÉRICA MÓVIL ejecutó una estrategia empresarial de “acaparamiento anticompetitivo del espectro”, en los términos descritos por la Radio Spectrum Policy Group y el European Regulators Group <sup>(108)</sup>, que sólo tuvo por objeto distorsionar la competencia y permitirle obtener una mejor posición competitiva que no se puede explicar por la eficiencia económica del agente investigado, contraviniendo así las reglas de la buena fe comercial objetiva que normalmente debe regir las actividades económicas de las empresas operadoras en el proceso competitivo que se verifica en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

341. Así también, de acuerdo a lo expuesto previamente en esta resolución, no corresponde tampoco aplicar un eximente de responsabilidad –basado en error inducido por la autoridad- a AMÉRICA MÓVIL por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6 de la LRCD, toda vez que ni el MTC, mediante Oficio N° 24417-2017/MTC, ni el OSIPTEL, a través de la alegada falta de cuestionamiento al Acuerdo de Comercialización, generaron a aquella empresa la convicción legítima de que dicho acuerdo le permitía hacer uso del espectro asignado a sus vinculadas en la Banda 2.6 GHz, por lo que no se ha producido el alegado error inducido por la Administración.
342. Por tanto, este Tribunal considera que corresponde declarar INFUNDADA la quinta pretensión impugnatoria contenida en el recurso de apelación de AMÉRICA MÓVIL y confirmar la Resolución Impugnada en el extremo en que declara responsabilidad administrativa por la comisión de la infracción a la cláusula general de la LRCD.
343. Habiéndose determinado la responsabilidad administrativa por la comisión de ambas infracciones: actos de violación de normas e infracción a la cláusula general, corresponde evaluar los argumentos presentados por AMÉRICA MÓVIL con relación a la determinación de la sanción correspondiente.

### 3.3 DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

#### 3.3.1 Sobre la nulidad invocada por la presunta vulneración al principio de legalidad

344. AMÉRICA MÓVIL indicó que en el supuesto que se determine la existencia de pluralidad de infracciones -como se ha determinado- correspondería reconocer la configuración de un supuesto de concurso de infracciones, establecido en el numeral 6 del artículo 248 del TUO de la LPAG <sup>(109)</sup>, por lo que solo debería aplicarse la sanción de mayor gravedad.

<sup>108</sup> “ERG-RSPG Report on radio spectrum competition issues” - ERG-RSPG report on the management of radio spectrum in order to avoid anticompetitive hoarding: [http://rspg-spectrum.eu/wp-content/uploads/2013/05/rspg09\\_278\\_erg\\_rspg\\_report\\_on\\_radio\\_spectrum\\_competition\\_issues\\_0906041.pdf](http://rspg-spectrum.eu/wp-content/uploads/2013/05/rspg09_278_erg_rspg_report_on_radio_spectrum_competition_issues_0906041.pdf).

Url visto el 19/02/2021.

<sup>109</sup> **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

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

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

(...)

**6. Concurso de Infracciones.-** Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

(...)





345. En esos términos, corresponde evaluar si, a partir de las características de la hipótesis de incidencia de ambos actos de competencia desleal, es posible aplicar el concurso de infracciones de acuerdo con lo señalado por AMÉRICA MÓVIL en su recurso de apelación.
346. Al respecto, a diferencia de lo establecido en el artículo 248.6 del TUO de la LPAG, el cual establece un supuesto de concurso ideal de infracciones, en el presente caso no estamos frente a una única conducta a la cual puedan serle atribuibles más de una consecuencia jurídica. Así, contrariamente a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, en el presente procedimiento encontramos una pluralidad de acciones que, a su vez, implica infracciones a diversas disposiciones del ordenamiento jurídico, siendo el caso particular de la LRCD.
347. En ese sentido, debe partirse de la premisa de que ambas infracciones –dispuestas en el artículo 6 y el artículo 14.2 literal b)- constituyen prohibiciones diferentes e independientes cuyas finalidades también difieren. Conforme a lo desarrollado en la presente resolución, la infracción por violación de normas busca sancionar la obtención de una ventaja significativa ilícita derivada de la infracción de normas imperativas. En el caso de AMÉRICA MÓVIL ello consistiría en no contar con el respectivo título habilitante para el desarrollo de su actividad empresarial vía la utilización del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz.
348. En contraste, la infracción a la cláusula general tiene como objetivo sancionar la vulneración a la buena fe comercial en aquellos supuestos no previstos expresamente por otras disposiciones contenidas en la LRCD. Particularmente, en este caso AMÉRICA MÓVIL habría ejecutado una estrategia contraria a la buena fe objetiva buscando la obtención de un beneficio ilícito. Dicha estrategia comercial consistió en la adquisición de empresas y la celebración de acuerdos de comercialización que encubrían un uso ilícito del espectro radioeléctrico con el fin de eludir las prohibiciones sectoriales y, así, lograr una mejora competitiva.
349. Para la determinación de la sanción aplicable a AMÉRICA MÓVIL, el CCP aplicó la figura del concurso real de infracciones al considerar que el procedimiento administrativo sancionador es una manifestación de la potestad punitiva del Estado, por lo que los principios y reglas del Derecho penal resultan también aplicables al ámbito del Derecho administrativo sancionador.
350. Al respecto, el artículo VIII del Título Preliminar del TUO de la LPAG reconoce que las autoridades administrativas no pueden dejar de resolver las cuestiones que se les proponga por deficiencia de fuentes; en tales casos, pueden acudir a otras fuentes supletorias y, de manera subsidiaria, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad <sup>(110)</sup>. En tal sentido, teniendo en cuenta que no existen principios o reglas que definan la forma de aplicación de las

110

**TUO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS****TÍTULO PRELIMINAR****Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes**

1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

(…)



sanciones en el supuesto de un concurso real de infracciones, es decir, en el supuesto de que existan más de una conducta que califican como más de una infracción, se considera que resulta aplicable lo previsto por el ordenamiento penal sobre este punto.

351. En este orden de ideas, corresponde señalar que en el Derecho penal se ha reconocido que la aplicación del concurso real <sup>(111)</sup> presupone un supuesto en el que la autoridad está frente a una pluralidad de acciones que implican una pluralidad de infracciones al ordenamiento jurídico. Ante tal situación, se deberán sumar las sanciones, en este caso las multas, hasta un máximo del doble correspondiente al ilícito más grave.
352. Además de ello, un requisito importante para aplicar esta figura se basa en que debe tomarse en cuenta el tiempo y la conexidad material de los ilícitos cometidos, lo cual resulta razonable, pues no pueden acumularse causas que no tienen relación <sup>(112)</sup>. En el presente caso, encontramos que sí existe una conexidad entre ambos ilícitos cometidos por AMÉRICA MÓVIL al ser ambos actos de competencia desleal ejecutados de forma simultánea como parte de una estrategia única.
353. En ese sentido, es posible concluir que la figura del concurso real de infracciones resulta compatible con el presente caso. Por dicho motivo, y en concordancia con el principio de razonabilidad, la multa total aplicable al presente caso deberá determinarse sumando cada una de las sanciones correspondientes a cada infracción hasta un máximo del doble de la multa de la infracción más grave, de manera similar al precepto penal, aplicable supletoriamente.
354. Por tanto, corresponde declarar INFUNDADA la sexta pretensión impugnatoria de AMÉRICA MÓVIL.

### **3.3.2 Sobre la validez de la Resolución Impugnada en el extremo de la graduación de la sanción por la infracción al literal b) del artículo 14.2 y al artículo 6 de la LRCD**

355. Habiéndose constatado la comisión de la infracción al literal b) del artículo 14.2 y a la cláusula general tipificada en el artículo 6 de la LRCD por parte de AMÉRICA MÓVIL, corresponde a este Tribunal analizar el cálculo de la sanción impuesta y verificar que la misma haya sido calculada de conformidad con el marco legal aplicable.
356. En el presente caso, el CCP sancionó a AMÉRICA MÓVIL con dos multas, cada una de 700 UIT por la infracción al literal b) del artículo 14.2 de la LRCD y otra por la infracción a la Cláusula General tipificada en el artículo 6 de la LRCD. Ambas multas en total ascendieron a 1400 UIT.

<sup>111</sup> La regulación del concurso real de infracciones está en el artículo 50 del Código Penal, el cual menciona lo siguiente:

#### **CÓDIGO PENAL**

##### **Artículo 50.- Concurso real de delitos**

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente esta.

<sup>112</sup> Acuerdo Plenario N°4-2009/CJ-116 LIMA, publicado el 08 de enero de 2010 en el diario oficial El Peruano.



357. Al respecto, es importante tener en cuenta que los órganos de solución de controversias del OSIPTEL, como son el CCP y este Tribunal, han venido interpretando de forma consistente <sup>(113)</sup> que la imposición de una multa debe ser calculada teniendo en cuenta la determinación de una multa base, que considere el beneficio ilícitamente obtenido por el infractor y la probabilidad de detección de la conducta. Esto sin perjuicio de las circunstancias agravantes o atenuantes que la autoridad administrativa pueda tomar en consideración como criterios de graduación para el cálculo final de la multa.
358. De manera particular, como señala el CCP en la Resolución Impugnada <sup>(114)</sup>, el cálculo del monto base de la multa, se determina normalmente a partir del beneficio ilícito obtenido por la empresa o el daño ocasionado al mercado. En casos de violación de normas, el beneficio ilícito se determina a partir de dos conceptos, el ahorro de costos y la ganancia ilícita.
359. En primer lugar, se considera como parte del beneficio ilícito el ahorro de costos producto de la vulneración a la norma imperativa, como por ejemplo el ahorro de los costos de la obtención de títulos habilitantes, o el ahorro de los costos de ciertos insumos necesarios para la provisión de servicios. La jurisprudencia del OSIPTEL ya ha señalado en varias ocasiones que el simple ahorro de costos supone una ventaja competitiva en el mercado. Asimismo, la vulneración a una norma imperativa también

<sup>113</sup> En el caso del Tribunal de Solución de Controversias, por ejemplo: (i) ver fundamentos 564 y 565 de la Resolución 004-2013-TSC/OSIPTEL emitida el 31 de enero de 2013 en el Exp. 005-2011-CCO-ST/LC, iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. y (ii) ver fundamentos 104 y 105 de la Resolución 007-2013-TSC/OSIPTEL emitida el 2 de julio de 2013 en el Exp. 006-2011-CCO-ST/LC, iniciado por denuncia de Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L. En el caso de la primera instancia, por ejemplo ver la Resolución del Cuerpo Colegiado 008-2015-CCO/OSIPTEL del 5 de junio de 2015, emitida en el Exp. 005-2014-CCO-ST/CD, iniciado por denuncia de Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L. contra HHBB Televisión S.A.C.

Cabe mencionar que dicha metodología también es recogida por otras instituciones facultadas para ejercer la potestad sancionadora administrativa, tales como:

1. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI): La Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha establecido que una multa adecuada debe contemplar la utilización del beneficio ilícito y la probabilidad de detección, así como de factores de graduación adicionales en caso que se cuente con dicha información. Por ejemplo, así se expresa en: (i) Resolución N° 0008-2015/SDC-INDECOPI emitida el 6 de enero de 2015 en el Expediente N° 0032014/CCD; (ii) Resolución N° 0581-2015/SDC-INDECOPI emitida el 29 de octubre de 2015 en el Expediente N° 062-2013/CCD; (iii) Resolución N° 1167-2013/SDC-INDECOPI emitida el 15 de julio de 2013 en el Expediente N° 002-2008/CLC; (iv) Resolución N° 303-2013/SDC-INDECOPI emitida el 21 de febrero de 2013 en el Expediente N° 147-2011/CCD; y, (v) Resolución N° 1511-2012/SC1-INDECOPI emitida el 10 de julio de 2012 en el Expediente N° 042-2010/CCD.
2. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA): En el año 2013, esta entidad aprobó mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones.
3. Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN): Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 060-2015-CD-OSITRAN del 28 de septiembre de 2015, se impuso una multa de 10 UIT a DP World Callao S.R.L., considerando el beneficio ilícito derivado de la infracción, dividido entre la probabilidad de dicha infracción. Asimismo, señaló: "La cuantía resultante será la multa base que debe ser multiplicada por un factor que considere el perjuicio causado, además de las circunstancias atenuantes y agravantes de la infracción cometida, previstas en la normativa vigente."
4. Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR): En el año 2013, esta entidad aprobó mediante Resolución Presidencial N° 016-2013-OSINFOR, la Metodología de Cálculo del Monto de las Multas a imponer por infracción a la legislación forestal y de fauna silvestre.

<sup>114</sup> Fundamentos 419 y 420 de la Resolución N° 004-2020-CCP/OSIPTEL.



puede generar ganancias ilícitas, al permitir, por ejemplo, ofrecer un producto más atractivo, lo cual le permite generar mayores preferencias de los consumidores.

360. En ese sentido, para el cálculo de la multa se ha venido aplicando la siguiente fórmula:

$$\text{Multa} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}} \left( 1 + \frac{\text{Factores atenuantes y agravantes}}{\text{Probabilidad de detección}} \right)$$

361. Sin embargo, en la Resolución impugnada se aplicó otra fórmula para el cálculo de la sanción, que es la que se muestra a continuación:

$$\text{Multa base} = G\% * \sum_{t=1}^m i_t$$

Donde:

- "i" es el ingreso o valor de las ventas mensual de los bienes y/o servicios relacionados a la infracción en una determinada zona.
- "t" indica el mes en el cual se evalúan los ingresos.
- "m" es el último mes que define el periodo temporal.
- "G" es el factor de gravedad de la infracción determinado por: (i) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; (ii) cuota de mercado del infractor; (iii) la dimensión del mercado afectado; (iv) la probabilidad de detección, y (v) el efecto de la restricción de la competencia.

362. El CCP fundamentó el cambio de la fórmula señalando que *“para el cálculo de la multa por la conducta de violación de normas, no sólo habría que estimar el ahorro de costos obtenido por AMÉRICA MÓVIL por usar la banda de 2.6 GHz sin título habilitante, sino que además debería estimarse cuáles hubieran sido las ganancias de la empresa si no hubiera utilizado dicha banda. Ello requiere la realización de ejercicios complejos sujetos supuestos que muchas veces se pueden cuestionar según uno u otro criterio”* <sup>(115)</sup>.

363. De igual manera, señaló que *“en el caso de la conducta de infracción a la cláusula general de la LRCD, se requiere estimar cuales hubieran sido las posibles ganancias de AMÉRICA móvil si no hubiera podido disponer del espectro en la banda de 2.6 GHz a través de las estrategias realizadas, y qué cantidad de ingresos hubiera perdido si el espectro que acaparó hubiera pasado a manos de otro operador. Esto igualmente hubiera requerido ejercicios complejos y supuestos que pueden ser objetos de cuestionamiento”* <sup>(116)</sup>.

364. En ese sentido, si bien el principio de predictibilidad administrativa recogido en el numeral 1.15 del artículo IV del TUO de la LPAG <sup>(117)</sup> constituye una manifestación

115 Fundamento 426 de la Resolución N° 004-2020-CCP/OSIPTEL.

116 Fundamento 427 de la Resolución N° 004-2020-CCP/OSIPTEL.

117 **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

**Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

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

(...)

**1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.** - (...). Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente



de la seguridad jurídica en el ámbito administrativo, el mismo no implica que los criterios de un órgano resolutivo permanezcan inmutables en el tiempo, sino que permite que cuando existan razones fundadas para modificar la interpretación de una norma, tales criterios pueden variar siempre que se respete la seguridad jurídica.

365. En el presente caso, el CCP señaló, como uno de sus fundamentos principales para el cambio de la metodología de cálculo de la multa, la dificultad para estimar el beneficio ilícito que habría percibido el agente económico imputado durante el periodo de la comisión de las infracciones.
366. Al respecto, como se ha señalado líneas arriba, en casos de violación de normas, el beneficio ilícito se determina a partir de dos conceptos, el ahorro de costos y la ganancia ilícita. Aquí es importante tener en cuenta que la ganancia ilícita es igual a los ingresos obtenidos por la comisión de la infracción, tal como ha sido señalado por este Tribunal <sup>(118)</sup> y el INDECOPI en reiteradas resoluciones <sup>(119)</sup>. Asimismo, en el caso de la cláusula general, si bien al ser una tipificación general no hay un concepto específico en base al cual se estime el beneficio ilícito aplicable a todos los casos,

---

generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. (...)

118 **Resolución N° 004-2013-TSC**

569. En tal sentido, el beneficio ilícito obtenido por TELEFÓNICA debería ser igual a la diferencia entre el número de líneas proyectadas con las observadas, multiplicadas por el valor de cada línea. Esta diferencia se multiplicará por el valor más económico que un usuario podría pagar por dicha línea en el mercado, a fin de construir una cota inferior del beneficio ilícito. Dado que en realidad existe un componente de heterogeneidad en la tenencia de líneas de los competidores, es importante resaltar lo conservador del cálculo; el beneficio podría ser incluso mayor si los usuarios tuvieran preferencias por líneas de mayores precios.

570. TELEFÓNICA ha señalado en su apelación que, para el cálculo del beneficio ilícito de la supuesta conducta anticompetitiva, debía restarse de los ingresos percibidos por dicha conducta los costos que supone brindar el servicio de telefonía fija. Al respecto, debe precisarse que el cálculo propuesto por TELEFÓNICA correspondería al beneficio obtenido por la realización de una práctica comercial lícita, sin embargo, dicho razonamiento no aplica en el presente caso, debido a que se está calculando el beneficio obtenido por la comisión de una infracción, entendido como aquella ganancia que no se hubiese registrado bajo condiciones normales, en caso no se hubiera cometido la falta.

119 **Resolución N° 0581-2015/SDC-INDECOPI**

“c.2) Aplicación al presente caso

180. En el presente caso, la infracción cometida por la Municipalidad consiste en desarrollar la actividad empresarial de servicios veterinarios sin contar con una ley habilitante aprobada por el Congreso de la República. Por ende, su concurrencia en el mercado realizando dicha actividad por sí misma es ilícita.

181. En tal sentido, teniendo en cuenta anteriores pronunciamientos<sup>62</sup>, la Sala estima que el beneficio ilícito asciende al 100% de los ingresos brutos obtenidos por la Municipalidad por la prestación del servicio mencionado ilegalmente desde el inicio de su operación hasta la resolución de imputación de cargos, esto es, del 15 de febrero de 2010 al 31 de mayo de 2013. Por tanto, el beneficio ilícito es de S/. 210, 831.00 equivalente a 55.48 UIT.”

**Resolución 008-2015/SDC-INDECOPI**

“Aplicación al caso en concreto

54. De acuerdo a lo expuesto, los primeros factores que corresponde evaluar para graduar adecuadamente la multa son el beneficio ilícito y la probabilidad de detección.

55. Con relación al beneficio ilícito obtenido, se debe indicar que en pronunciamientos anteriores<sup>12</sup> se ha considerado que un dato objetivo a partir del cual se puede establecer el beneficio ilícito derivado de una infracción administrativa es el de los ingresos brutos o recaudación respecto del bien o servicio comercializado en infracción de las normas de competencia desleal. Ello, toda vez que precisamente el beneficio ilícito responde a todos aquellos ingresos que el sancionado recibe y que no hubiesen sido percibidos de actuar conforme a ley, o lo que es lo mismo, son aquellas ventas que se explican únicamente como producto de la infracción.”

(Énfasis agregado)



ello no ha resultado ser un impedimento para la determinación de este concepto en otros pronunciamientos según el caso en concreto <sup>(120)</sup>.

367. Ahora bien, encontramos que, en la Resolución Impugnada, el CCP ha estimado el valor de los ingresos ilícitos de la comisión de ambas infracciones para la determinación de la sanción a imponer; en ese sentido, el argumento invocado por el CCP para variar la metodología resultaría contradictorio y escaso, por lo que se aprecia que carece de una debida motivación.
368. El artículo 10 del TUO de la LPAG contempla entre las causales de nulidad del acto administrativo, el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez <sup>(121)</sup>. Así, el artículo 3.4 de la citada norma establece como uno de los requisitos de validez de los actos administrativos, que se encuentren motivados conforme a su contenido y al ordenamiento jurídico <sup>(122)</sup>. En consecuencia, la existencia de vicios insalvables en la motivación implicará la nulidad del acto administrativo.
369. Asimismo, el derecho a obtener una decisión motivada se encuentra entre las garantías procesales que conforman el contenido esencial del debido procedimiento, por lo que dicho derecho se verá transgredido cuando una resolución está sustentada en una motivación aparente <sup>(123)</sup>. En esa línea, el Tribunal Constitucional ha manifestado en el considerando 7 de la Sentencia emitida en el Expediente 00728-2008-PHC/TC, lo siguiente:

*“a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o **cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión** o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.”*  
(Énfasis agregado)

370. Por consiguiente, habiéndose verificado la existencia de un vicio de nulidad, en aplicación del artículo 10.2 del TUO de la LPAG, corresponde declarar la nulidad parcial de la Resolución Impugnada en el extremo referido a la determinación de la sanción aplicable a AMÉRICA MÓVIL, por la comisión de las infracciones tipificadas

<sup>120</sup> Ver: (i) Resolución N° 303-2013/SDC-INDECOPI emitida el 21 de febrero de 2013 en el Expediente N° 147-2011/CCD; y, (ii) Resolución N° 1511-2012/SC1-INDECOPI emitida el 10 de julio de 2012 en el Expediente N° 042-2010/CCD.

<sup>121</sup> **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**  
Artículo 10.- Causales de nulidad Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: (...) 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14. (...)

<sup>122</sup> **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**  
**Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos**  
Son requisitos de validez de los actos administrativos:  
(...)  
**4. Motivación.-** El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (...)

<sup>123</sup> Al respecto, Reynaldo Bustamante señala que “una motivación es aparente cuando no presenta todos los elementos fácticos y jurídicos que justificarían el fallo razonablemente o que – de estar presentes – permitirían verificar la razonabilidad de la decisión (por ejemplo, cuando presenta fundamentaciones genéricas o implícitas) (...)”. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Lima: Ara Editores, 2001, p. 73.



en el literal b) del artículo 14.2 y en el artículo 6 de la LRCD, la cual que deberá ser determinada por el CCP conforme a la metodología de cálculo utilizada en anteriores pronunciamientos de los órganos de solución de controversias.

371. Adicionalmente, con relación a la probabilidad de detección de los actos de violación de normas, este Tribunal considera al igual que la primera instancia que la probabilidad de detección es baja, dado que AMÉRICA MÓVIL encubrió el uso ilícito del espectro en la Banda de 2.6 GHz a través de una figura legal, como es la comercialización de tráfico y servicios. Así, contrariamente a lo alegado por la recurrente, esta conducta no era fácilmente detectable por las autoridades involucradas ni por los agentes del mercado, dado que para determinar que en realidad se trataba de un uso directo del espectro, y no de comercialización de servicios, hizo falta que tanto el OSIPTEL como el MTC recurran a inspecciones y uso de dispositivos tecnológicos en diversas oportunidades.
372. Finalmente, con relación a la probabilidad de detección de la infracción a la cláusula general, AMÉRICA MÓVIL indicó que la probabilidad de detección es alta, debido a que los actos que configuran la infracción no fueron ocultos. Sin embargo, si bien algunas de los actos que forman parte de la infracción fueron públicas, el objetivo de esta fue precisamente el encubrir el uso ilícito del espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz a través del Acuerdo de Comercialización, por lo cual esta estrategia contraria a la buena fe no fue susceptible de ser fácilmente advertida por la autoridad, por lo que este Tribunal también coincide con el CCP al considerar que la probabilidad de detección es media.

### 3.4 SOBRE LA MEDIDA CORRECTIVA

373. En su escrito de absolución, TELEFÓNICA formuló adhesión al recurso de apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL en el extremo que la Resolución Impugnada no impuso una medida correctiva. En ese sentido, corresponde, en primer lugar, determinar la procedencia de la adhesión.

#### 3.4.1. Sobre la procedencia de la adhesión al recurso de apelación

374. La figura de la adhesión es definida por la doctrina como una institución procesal por la cual se otorga una posibilidad *“a quien no ha usado determinado medio impugnativo para beneficiarse de él a consecuencia de la recurrencia de su adversario, introduciendo, a su vez, su impugnación sobre la base de los agravios que también a él le causa la providencia”* <sup>(124)</sup>.
375. Esta figura se encuentra reconocida en el Código Procesal Civil, en cuyo artículo 373 dispone que *“Al contestar el traslado, la otra parte podrá adherirse al recurso, fundamentando sus agravios, de los que se conferirá traslado al apelante por diez días”*.
376. El artículo VIII del Título Preliminar del TUO de la LPAG dispone que las autoridades administrativas podrán acudir, de manera subsidiaria a las fuentes del derecho administrativo, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad <sup>(125)</sup>.

<sup>124</sup> VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios*. Buenos Aires, Depalma, 1988, p.177.

<sup>125</sup> **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**



377. Asimismo, la Primera Disposición Final del Reglamento de Solución de Controversias, norma que rige este procedimiento, reconoce la posibilidad de aplicar de manera supletoria las disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil para todo lo no previsto expresamente en este en cuanto resulte compatible con la naturaleza del procedimiento administrativo <sup>(126)</sup>. En ese sentido, la normativa prevé la posibilidad de recurrir al ordenamiento procesal para cubrir los vacíos o lagunas que esta pueda contener.
378. En el ámbito administrativo, distintos órganos del Indecopi, en ejercicio de su función administrativa, han venido aplicando la figura de la adhesión al recurso de apelación en los procedimientos administrativos sancionadores <sup>(127)</sup>, incluyendo a este Tribunal en el marco de un procedimiento anterior <sup>(128)</sup>.
379. Ante la falta de legislación administrativa que detalle la regulación de los requisitos de procedencia y admisión del recurso de adhesión, el INDECOPI emitió la Directiva N° 002-1999/TRI-INDECOPI. En dicho documento se precisó cuál es la naturaleza procesal de la adhesión a la apelación en el marco de los procedimientos administrativos seguidos en ante las Salas que constituyen el Tribunal del INDECOPI. Asimismo, en la Directiva se desarrollaron una serie de criterios para la tramitación del recurso de adhesión a la apelación, los cuales vienen siendo aplicados hasta la fecha.
380. Si bien la referida Directiva no tiene fuerza vinculante para el OSIPTEL, esta sirve como referencia para determinar los requisitos de procedencia aplicables a esta figura, los que han sido establecidos en esta en función de la legislación aplicable y a la doctrina especializada.
381. En tal sentido, este Tribunal reconoce que la procedencia de la adhesión está sujeta a los siguientes presupuestos y requisitos:
- (i) La existencia y vigencia de un recurso de apelación interpuesto.
  - (ii) Quien plantea la adhesión debe ser la contraparte del apelante.
  - (iii) El que se adhiere no debe haber resultado vencido con la resolución apelada por la otra parte, sino simplemente no haber obtenido la plena satisfacción en su o sus pretensiones, dado que de lo contrario implicaría amparar una actitud negligente de la parte vencida de poder cuestionar la sentencia pese a haber dejado transcurrir el plazo para apelar.

## TÍTULO PRELIMINAR

### Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

<sup>126</sup> **RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO N° 136-2011-CD/OSIPTEL – REGLAMENTO DEL OSIPTEL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS DISPOSICIONES FINALES**

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

<sup>127</sup> Ver, por ejemplo: Resolución N° 0294-2017/SDC-INDECOPI y Resolución N° 0029-2016/CC1.

<sup>128</sup> Ver: Resolución N° 001-2009-TSC/OSIPTEL, recaída en el Expediente N° 001-2008-CCO-ST/IX, en el marco del procedimiento seguido por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telmex Perú S.A.





(iv) La parte que presenta la adhesión debe fundamentar y precisar el agravio que la decisión apelada le habría generado. Asimismo, esta deberá ser presentada dentro del plazo previsto para la absolución de la apelación <sup>(129)</sup>.

382. Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde determinar si en el presente caso es posible advertir la configuración de los presupuestos descritos en el párrafo anterior. Al respecto, se verifica que los requisitos de procedencia de la adhesión previamente expuestos concurren de la siguiente manera: (i) AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de apelación en el plazo establecido; (ii) quien planteó la adhesión al recurso de apelación es la contraparte, es decir, TELEFÓNICA; (iii) TELEFÓNICA no ha resultado vencido, pero no obtuvo la plena satisfacción de sus pretensiones, dado que el CCP no impuso la medida correctiva solicitada por dicha empresa; y, (iv) la adhesión fue presentada en el plazo previsto para la absolución de la apelación, fundamentando la necesidad de imponer una medida correctiva.
383. Por tal motivo, este Tribunal considera que corresponde declarar la procedencia de la adhesión al recurso de apelación, formulada por TELEFÓNICA mediante su escrito de absolución del 7 de julio de 2020.

#### 3.4.2. Sobre la imposición de una medida correctiva

384. TELEFÓNICA solicitó a este Tribunal que ordene a AMÉRICA MÓVIL, en calidad de medida correctiva, abstenerse de realizar conductas similares o de efectos análogos que tengan como propósito el uso de cualquier porción de espectro radioeléctrico sin contar con un título habilitante requerido para ello.
385. Con dicha finalidad, TELEFÓNICA sustenta su pedido en que la obtención de permisos de arrendamiento solo serían una solución provisional a la necesidad de que AMÉRICA MÓVIL cuente con un título habilitante para el uso de la porción de espectro radioeléctrico correspondiente a la Banda 2.6 GHz en vista de su naturaleza temporal.
386. A criterio de TELEFÓNICA, la decisión de imponer una medida correctiva en contra de AMÉRICA MÓVIL evitaría que la empresa infractora reincidiera en la comisión de la conducta típica infractora, en vista de que su incumplimiento dotaría al OSIPTEL de un título ejecutorio – en este caso la resolución final administrativa – que permitiría imponer una nueva sanción de forma más célere mediante el procedimiento sancionador por incumplimiento de medidas correctivas.
387. Al respecto, el artículo 246 del TUO de la LPAG <sup>(130)</sup> señala expresamente que el dictado de medidas correctivas se encuentra reservado exclusivamente a aquellas entidades de la Administración Pública que se encuentren habilitadas por un dispositivo legal.

<sup>129</sup> Cabe mencionar que, según los artículos 366 y 367 del Código Procesal Civil, los requisitos de procedencia de la adhesión son: (i) la presentación del recibo de la tasa; (ii) que se presente dentro del plazo previsto; (iii) la fundamentación y precisión de los agravios pertinentes.

<sup>130</sup> **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**  
**Artículo 246.- Medidas cautelares y correctivas**  
Las entidades solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad.  
(Énfasis agregado)



388. En ese sentido, la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, en su artículo 23, dispuso que las instancias competentes del OSIPTEL pueden aplicar medidas correctivas a fin de corregir una conducta infractora <sup>(131)</sup>.
389. De la misma manera, el artículo 69 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones señala que las conductas anticompetitivas, así como las prácticas empresariales contra la leal competencia, se encuentran dentro de la clasificación de conductas infractoras que se encuentran prohibidas por la regulación sectorial <sup>(132)</sup>.
390. En la misma línea, el artículo 77 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones dispone que el OSIPTEL tiene como una de sus funciones el adoptar medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas <sup>(133)</sup>, como lo es el control de las conductas desleales en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones como autoridad de competencia <sup>(134)</sup>.

131 **LEY N° 27336 – LEY DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES**

**Artículo 23.- Medidas específicas**

23.1 OSIPTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTEL accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.

(...)

(Énfasis agregado)

132 **DECRETO SUPREMO N° 013-93-TCC – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES**

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

(Énfasis agregado)

133 **DECRETO SUPREMO N° 013-93-TCC – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES**

**Artículo 77°.-** El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes:

(...)

9. Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.

134 **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DELSEAL DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

**PRIMERA. - Competencia primaria. -**

El control de las conductas desleales se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos.

**CUARTA. - Exclusividad de competencia administrativa y alcance de las excepciones. -**

Los órganos competentes para la aplicación de esta Ley conforme a lo dispuesto en el Título IV tienen competencia exclusiva a nivel nacional para la determinación y sanción de actos de competencia desleal.

La competencia administrativa para la aplicación de esta Ley podrá ser asumida por órgano administrativo distinto únicamente cuando una norma expresa con rango legal lo disponga.

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de las mismas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.



391. De manera más precisa, la norma aplicable al fondo de la controversia, la LRCD en el numeral 2 del artículo 55 establece que este Tribunal puede dictar medidas correctivas con la finalidad de coadyuvar a restablecer la leal competencia en el mercado mediante la reversión de los efectos derivados de las conductas ilícitas detectadas o sancionadas <sup>(135)</sup>.
392. Así, conforme a lo desarrollado, es posible constatar que el marco normativo vigente faculta al OSIPTEL, y en particular a este Tribunal, a aplicar medidas correctivas a fin de corregir o revertir los efectos derivados de las conductas infractoras detectadas.
393. Para comenzar con el presente análisis, resulta pertinente definir el concepto de medida correctiva a fin de delimitar su aplicabilidad al presente procedimiento. La doctrina especializada ha señalado que las medidas correctivas son ordenes provenientes de una autoridad competente que tienen como finalidad generar un impacto en la esfera jurídica del administrado para así permitirle a la Administración reestablecer o reparar la legalidad mediante la cancelación o reversión de los efectos generados por una conducta ilícita que se encuentra siendo cometida o que ya ha sido consumada <sup>(136)</sup>.
394. A partir de lo mencionado, es importante resaltar la faceta limitativa de las medidas correctivas. Se trata de actos de gravamen que tienen como efecto restringir los derechos, así como toda otra situación jurídica de ventaja de la cual pueda ser titular un particular. <sup>(137)</sup>
395. En adición a ello, el TUO de la LPAG, particularmente el artículo 251 de dicho cuerpo normativo, reconoce de forma expresa que las medidas correctivas pueden complementar las sanciones que sean impuestas por la autoridad juzgadora para así procurar la corrección de las distorsiones que se hayan generado al ordenamiento jurídico por la comisión del acto infractor. <sup>(138)</sup>

---

(...)  
(Énfasis agregado)

- 135 **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**  
**Artículo 55.- Medidas correctivas. -**  
55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.  
(...)  
55.2.- El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas.  
(Énfasis agregado)
- 136 MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”. Revista de Derecho Administrativo, N° 9 (2010), pág. 147.
- 137 MUÑOZ, Santiago. “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”. Tomo IV. (2011), pág. 37.
- 138 **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**  
**Artículo 251. -Determinación de la responsabilidad**  
251.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.



396. De esta forma, la doctrina ha establecido que, entre las características propias de las medidas correctivas, es posible extraer las siguientes: (i) un acto o contenido de gravamen, (ii) una causa consistente en el acto ilícito en curso o ya consumado al que la Administración Pública dará respuesta; y, por último, (iii) un propósito retrospectivo, el cual versa sobre la proposición de retrotraer los efectos perniciosos originados de la comisión de la infracción para el restablecimiento del orden de legalidad perjudicado, ya sea mediante la cancelación o la reversión de dichos efectos<sup>(139)</sup>.
397. Adicionalmente, dentro de los requisitos de las medidas correctivas que se encuentran señaladas en el artículo antes citado del TUO de la LPAG, debe resaltarse el de tipicidad. Ello implica que estas se encuentren expresamente contempladas en la legislación aplicable a la materia controvertida, exponiendo así la gama de herramientas alternativas con las que contaría la Administración Pública para reparar el estado de legalidad del sistema jurídico. En el caso de las infracciones a la leal competencia, el artículo 55 de la LRCO señala una lista no exhaustiva de opciones a las que podría recurrir la autoridad de competencia <sup>(140)</sup>.
398. A partir de lo desarrollado, este Tribunal considera que la evaluación de la imposición de una medida correctiva deberá ceñirse a la naturaleza de los efectos producidos por la comisión de la conducta infractora en la línea de lo desarrollado por el artículo 246 del TUO de la LPAG, que dispone la obligatoriedad de observar el principio de razonabilidad o proporcionalidad. De esta manera, se deberá lograr su finalidad de prevenir y disuadir la comisión de una norma infractora en armonía con la imposición de un gravamen a la esfera jurídica del administrado que sea igualmente proporcional.
399. Sin embargo, al evaluar la conducta de violación de normas imputada, se determinó que **AMÉRICA MÓVIL había cesado la explotación ilícita del espectro radioeléctrico en la banda 2.6 GHz**, al haber regularizado su situación a través de la obtención de los títulos habilitantes respectivos que le autorizan a hacer un uso lícito del espectro en la banda 2.6 GHz de titularidad de OLO y TVS. En efecto, el

---

(...)

(Énfasis agregado)

<sup>139</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. "La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano". Revista Derecho & Sociedad, N° 54 (2020), pág. 40.

<sup>140</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

**Artículo 55.- Medidas correctivas. -**

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

- a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
- b) La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
- c) El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
- d) El cierre temporal del establecimiento infractor;
- e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; o,
- g) La publicación de la resolución condenatoria.

(...)

(Énfasis agregado)



20 de enero de 2020, el Viceministerio de Comunicaciones del MTC emitió las Resoluciones N° 0049-2020-MTC/03 y N° 0050-220-MTC/03, a través de las cuales otorgó los permisos de arrendamiento de porciones de espectro radioeléctrico en la Banda 2.6 GHz, asignadas a TVS y OLO, para el uso, aprovechamiento y explotación por parte de AMÉRICA MÓVIL.

400. De igual manera, tal como ha señalado el CCP, los efectos de la conducta imputada por infracción a la cláusula general cesaron con la publicación de la Resolución Viceministerial N° 405-2019-MTC/03 del 14 de junio de 2019, mediante la cual se aprobó el reordenamiento de la Banda 2.6 GHz. Como consecuencia, dadas las asignaciones actuales de espectro, los efectos de la conducta desleal de cláusula general se mitigaron, al generarse espacio para que otros operadores puedan obtener derechos de uso sobre la referida banda.
401. En ese sentido, el criterio del CCP para denegar la imposición de una medida correctiva enfocada en el cese de los efectos antijurídicos de una infracción cuya ejecución ya habría finalizado es acertado.
402. Sobre el particular, este Tribunal ha dispuesto el dictado de medidas correctivas en casos anteriores <sup>(141)</sup> de conformidad con el numeral 2 del artículo 55 de la LRCD <sup>(142)</sup>, pero dicha decisión se ha sustentado en la necesidad principal de disponer el cese de conductas que se encontraban generando distorsiones en el mercado.
403. En efecto, el enfoque prospectivo de las medidas correctivas es parte de su naturaleza disuasiva, ya que de esta manera se hace efectiva la vuelta al orden de legalidad perturbado por la comisión de la infracción y se dota de mayor eficacia a la sanción en caso también haya sido impartida por decisión de la autoridad competente. Empero, ello no puede contravenir la razonabilidad del gravamen que se impone a la esfera jurídica del administrado que resulte afectado.
404. En adición a lo mencionado, aun cuando no se descarta la posibilidad de imponer un tipo de medida correctiva diferente a las establecidas en el artículo 55 de la LRCD en tanto la redacción de dicha disposición normativa admite el carácter enunciativo de la lista reseñada, resulta fundamental atender la importancia de la especificidad de la limitación a la libertad de los administrados al adoptar la posibilidad de ordenar la medida correctiva.
405. La adopción de medidas correctivas que contengan un ámbito objetivo de aplicación amplio puede dificultar que sean dotadas de efectividad por parte de la Administración Pública en el monitoreo que debe realizarse con posterioridad de su imposición para garantizar su acatamiento, en vista del alto costo que representaría.

<sup>141</sup> Ver: (i) Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL de fecha 31 de enero de 2013, recaída en el Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC, en el marco del procedimiento seguido de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A.; y, (ii) Resolución N° 001-2016-TSC/OSIPTEL de fecha 21 de marzo de 2016, recaída en el Expediente N° 003-2013-CCO-ST/CD, en el marco del procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Empresa Difusora Cable Mundo S.R.L.

<sup>142</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

"Artículo 55.- Medidas correctivas.-

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

(...)

**55.2.- El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas."**



406. En ese sentido, el efecto de *enforcement* de la regulación contra las prácticas desleales que es perseguido con la imposición de la medida correctiva en contra de AMÉRICA MÓVIL no sería logrado a cabalidad por las dificultades que representa la fiscalización posterior del cumplimiento de la medida correctiva.
407. De esta manera, es posible apreciar que dicho problema se encuentra presente tanto en la medida correctiva que fue omitida de ser analizada por la primera instancia – ordenar la abstención de comercializar y/o ofertar cualquier servicio cuya prestación se sustente en el uso no autorizado de espectro radioeléctrico en general – como en la medida correctiva solicitada por TELEFÓNICA en su adhesión al recurso de apelación de AMÉRICA MÓVIL, consistente en ordenar la abstención de realizar conductas similares o de efectos análogos que tengan como propósito el uso del espectro radioeléctrico sin contar con un título habilitante para ello. Dichas medidas no solo carecen de parámetros claros que permitan su posterior validación por parte de la autoridad competente, sino que están formuladas de forma en la que el efecto de gravamen en la esfera jurídica del administrado sería desproporcional a la finalidad perseguida.
408. Así, si bien este Tribunal reconoce que las medidas correctivas podrían tener naturaleza disuasiva y preventiva para evitar la comisión de nuevas conductas que sean potencialmente susceptibles de generar efectos perniciosos al proceso competitivo, también resalta que la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer para preservar la dinámica de competencia ya se logran a partir de la propia regulación que materializa las políticas de competencia perseguidas por el Estado, pues las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la legislación contra las prácticas desleales – la LRCO – se encuentran previstas en la misma ley.
409. Por consiguiente, para perseguir la comisión de nuevas conductas infractoras a la legislación de la competencia desleal deberá utilizarse el mecanismo procesal idóneo –el procedimiento administrativo sancionador en materia de competencia desleal– que permita la imposición de sanciones que resulten proporcionales a la comisión de dichas infracciones.
410. En tal sentido, este Tribunal considera que, dado que los efectos de las conductas contrarias a la leal competencia por las cuales se ha sancionado a AMÉRICA MÓVIL han cesado, corresponde denegar los pedidos formulados por TELEFÓNICA, en tanto no corresponde ordenar medidas adicionales para reestablecer la competencia.

### 3.5. SOBRE LA CONDENA DE PAGO DE COSTOS

411. AMÉRICA MÓVIL cuestionó, en su recurso de apelación, el extremo de la Resolución Impugnada referido a la condena de pago de los costos en los que las partes hayan incurrido por motivo de la tramitación del presente procedimiento a favor de TELEFÓNICA.
412. Sin perjuicio de que AMÉRICA MÓVIL no incluyó ningún cuestionamiento específico sobre la condena de costos dentro de las pretensiones planteadas en su recurso, este Tribunal considera que la decisión adoptada por el CCP es razonable por los fundamentos que se señalan a continuación.
413. Conforme a lo establecido en el artículo 410 del Código Procesal Civil, las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio



judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso con el fin de garantizar su continua y efectiva tramitación <sup>(143)</sup>. Por su parte, el artículo 411 del mismo cuerpo normativo expresa que los costos del proceso comprenden los honorarios de los abogados de la parte vencedora, es decir, aquellos gastos derivados de la representación procesal técnica en los que se haya tenido que incurrir por cuenta de la parte cuyo interés haya sido amparado <sup>(144)</sup>. Asimismo, el artículo 412 del citado Código establece que el reembolso de las costas y costos del proceso es de cargo de la parte vencida <sup>(145)</sup>.

- 414. Por su parte, el artículo 56 del TUO de la LPAG establece que, como regla general, los procedimientos administrativos se rigen bajo el principio de gratuidad. Solo excepcionalmente, será posible el reembolso en aquellos casos en los que la ley lo autorice expresamente <sup>(146)</sup>. En esta misma línea, el artículo 5 del Reglamento de Solución de Controversias establece la gratuidad de los procedimientos de solución de controversias tramitados ante el OSIPTEL <sup>(147)</sup>.
- 415. Por tanto, en la línea de lo mencionado por el CCP y en la medida de que en el presente procedimiento no se requirió del pago de tasas administrativas por la presentación de denuncias u otros escritos, este Tribunal considera que no procede ordenar el pago de las costas solicitado por TELEFÓNICA.
- 416. No obstante, el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 807 <sup>(148)</sup>, disposición normativa aplicable supletoriamente por los órganos de OSIPTEL <sup>(149)</sup>, faculta a las instancias

<sup>143</sup> **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**  
**Artículo 410.-** Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso.

<sup>144</sup> **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**  
**Artículo 411.-** Son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

<sup>145</sup> **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**  
**Artículo 412.-** La imposición de la condena en costas y costos no requiere ser demandada y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de la exoneración. (...)

<sup>146</sup> **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**  
**Artículo 56.- Reembolso de gastos administrativos**  
56.1.- Solo procede el reembolso de gastos administrativos cuando una ley expresamente lo autoriza. Son gastos administrativos aquellos ocasionados por actuaciones específicas solicitados por el administrado dentro del procedimiento. Se solicita una vez iniciado el procedimiento administrativo y es de cargo del administrado que haya solicitado la actuación o de todos los administrados, si el asunto fuera de interés común; teniendo derecho a constatar y, en su caso, a observar, el sustento de los gastos a reembolsar.  
(...)  
(Énfasis agregado)

<sup>147</sup> **REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS – RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 136-2011-CD-OSIPTEL.**  
**Artículo 5.- Gratuidad del procedimiento**  
Los procedimientos de solución de controversias regulados en el presente Reglamento son gratuitos.

<sup>148</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 807 – LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**  
**Artículo 7.- Pago de costas y costos.-**  
En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el INDECOPI, la comisión o dirección competente, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el INDECOPI. (...)

<sup>149</sup> **LEY N° 27332 - LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICO**  
**Artículo 5.- Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas**



de solución de controversias a ordenar al administrado infractor que asuma el pago de las costas y costos del procedimiento.

417. Respecto a la última disposición normativa mencionada, este Tribunal ya se ha pronunciado en el marco de la Resolución N° 001-2016-TSC/OSIPTTEL reconociendo de forma expresa que la condena de pago de costas y costos solo será posible de ser impartida dentro de un procedimiento administrativo sancionador y se podrá ordenar al infractor el pago de los costos del procedimiento en que haya incurrido el denunciante <sup>(150)</sup>.
418. No obstante, dado que en el ámbito administrativo no existe una disposición que regule de manera expresa cuando procede pago de costos o que explicita directrices de cómo distribuirlos en caso se decida la imposición de una condena por su pago, corresponde a cada órgano aplicar los criterios que estime pertinentes para evaluar la procedencia de dichas solicitudes al no tratarse estrictamente de un derecho de los administrados <sup>(151)</sup>.
419. En ese sentido, este Tribunal considera que la imposición de una condena del pago de costos puede generar importantes incentivos en el comportamiento de los agentes económicos en el mercado. Sin duda, la compensación de los gastos en los que incurra el denunciante, siempre que sus pretensiones encuentren fundamento al coadyuvar en la realización de las actividades de fiscalización y sanción de infracciones de la Administración Pública, puede estimular la presentación de denuncias con fundamento objetivo, lo cual, a su vez, ayuda a fortalecer la tutela del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.
420. De igual manera, para analizar la procedencia de la condena de pago de costos contra AMÉRICA MOVIL, resulta pertinente tener en consideración los siguientes puntos: (i) en primer lugar, si ha sido posible probar la comisión de las infracciones administrativas imputadas por el CCP; (ii) en segunda lugar, si la empresa imputada reconoció la comisión de la conducta infractora con anterioridad a la finalización de la primera instancia del presente procedimiento administrativo sancionador.
421. Dichas exigencias mencionadas son de carácter alternativo, por lo que podrían no encontrarse presentes al mismo tiempo. Ello se debe a que el establecimiento de mecanismos para que un administrado imputado por la comisión de infracciones pueda exonerarse del pago de costas y costos – en general – tiene como finalidad impulsar el fomento de un comportamiento procesal caracterizado por la buena fe procedimental y el respeto al derecho de defensa que asiste a todo administrado.

---

Los Organismos Reguladores gozarán de las facultades establecidas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807.

<sup>150</sup> Resolución N.º 001-2016-TSC/OSIPTTEL, procedimiento recaído en el Expediente N° 003-2013-CCO-ST/CD, controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y la Empresa Difusora Cable Mundo S.R.L., en la cual se señala expresamente lo siguiente: “se ejerce siempre al interior de un procedimiento sancionador, en tanto hace referencia a una sanción y a un infractor. En ese sentido, el Tribunal de Solución de Controversias considera que puede ordenar al infractor el pago de los costos del procedimiento en que haya incurrido el denunciante”. (Énfasis agregado).

<sup>151</sup> A manera de ejemplo, pueden revisarse los siguientes pronunciamientos del Tribunal de Solución de Controversias que reconocen dicha facultad: (i) Resolución N° 016-2003-TSC/OSIPTTEL de fecha 18 de junio del 2003, recaída bajo Expediente N° 005-2002-CCO-ST-IX; y, (ii) Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTTEL de fecha 21 de marzo de 2006, recaída bajo Expediente N° 002-2005-CCO-ST/CD y N° 010-2005-ST/CD (acumulados). En dicha resolución se puede apreciar que el razonamiento que emplea el Tribunal es el siguiente: “la determinación del pago de costos no es un derecho per se del administrado, sino una liberalidad del órgano resolutorio”.





422. Al respecto, este Tribunal advierte que la empresa imputada ha tenido posibilidad de argumentar las razones que sustentan su apelación. Ello es posible de verificarse en la declaración de nulidad de la responsabilidad administrativa de AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de actos en contra de la cláusula general.
423. No obstante ello, también ha sido posible constatar que AMÉRICA MÓVIL no ha reconocido en ningún momento del procedimiento la comisión de la infracción administrativa contra la leal competencia de violación de normas. Ello es de especial relevancia a efectos de determinar la procedencia de la condena de pago de costos, ya que la responsabilidad administrativa de AMÉRICA MÓVIL sobre dicha infracción fue confirmada por este órgano colegiado.
424. Ahora bien, este Tribunal percibe que la actividad procesal de TELEFÓNICA ha sido de particular importancia para el inicio de la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, toda vez que a partir de su denuncia se gatilló la actividad fiscalizadora y de instrucción de la autoridad de competencia sectorial. Dicha consideración es posible de ser apreciada en tanto estamos frente a una infracción de baja probabilidad de detección, como en el caso de la comisión de los actos de violación de normas.
425. Adicionalmente, es importante señalar que se ha verificado la configuración de ambas infracciones imputadas en este procedimiento administrativo sancionador, siendo que la decisión del CCP en el extremo en que determinar responsabilidad administrativa por la comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de violación de normas y de infracción a la cláusula general ha sido confirmada por este Tribunal.
426. Por lo expuesto, este Tribunal considera que la empresa imputada deberá asumir la totalidad de los costos en los que la denunciante haya incurrido a raíz de la tramitación del presente procedimiento. En consecuencia, corresponde confirmar el Artículo Cuarto de la Resolución Impugnada, en el que condena a AMÉRICA MÓVIL al pago de los costos incurridos por TELEFÓNICA durante la tramitación de este procedimiento.

### 3.6 SOBRE LA PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN

427. AMÉRICA MÓVIL apeló el extremo de la Resolución Impugnada referido a la orden del CCP de publicar la Resolución N° 004-2020-CCP/OSIPTEL en el Diario Oficial “El Peruano” una vez que esta sea consentida por la empresa imputada o confirmada por este Tribunal.
428. A pesar de que AMÉRICA MÓVIL no incluyó ningún cuestionamiento específico sobre la publicación de la decisión final de la autoridad de competencia sectorial dentro de las pretensiones planteadas en su recurso, este Tribunal considera pertinente pronunciarse sobre dicho extremo.
429. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 <sup>(152)</sup> de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión

152

**LEY N° 27336 – LEY DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES**  
**Artículo 33.- Publicación**



Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL), para que una resolución deba ser publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, esta deberá cumplir necesariamente con los siguientes requisitos: (i) que imponga una sanción por la comisión de infracciones graves o muy graves, (ii) debe haber quedado firme, o, en su defecto, haber causado estado en el procedimiento administrativo.

430. De conformidad con los requisitos exigidos por la normativa aplicable, este Tribunal considera que, si bien en este caso se ha confirmado la responsabilidad administrativa de AMÉRICA MÓVIL por la comisión de una infracción calificada como muy grave por el CCP, la conducta de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, la declaración de nulidad de la determinación y cuantificación de la sanción ha tenido como consecuencia que parte de su contenido esté todavía pendiente de ser resuelto nuevamente por el CCP.
431. Por lo tanto, el extremo de la Resolución Impugnada que ordenó la publicación de esta resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, así como en el portal web institucional del OSIPTEL no tendría eficacia jurídica en vista de que la determinación de la sanción será remitida nuevamente al CCP para que se realice el cálculo correspondiente.
432. En ese sentido, este Tribunal considera que, atendiendo a los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, corresponderá publicarse la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, así como en el portal web institucional del OSIPTEL, una vez que el CCP determine la sanción a imponer y dicha decisión quede consentida o sea confirmada por este Tribunal.

#### HA RESUELTO:

**PRIMERO.-** Declarar INFUNDADA la primera pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la referida resolución en el extremo referido a la imputación por el supuesto de violación de normas bajo el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**SEGUNDO:** Declarar INFUNDADA la segunda pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, CONFIRMAR el Artículo Primero de dicha resolución, en el extremo en que declara responsabilidad administrativa de América Móvil Perú S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el artículo 14.2.b) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

---

Las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves serán publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.



**TERCERO:** Declarar INFUNDADA la tercera pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la referida resolución en el extremo referido a la imputación por el supuesto de infracción a la cláusula general, tipificada en el artículo 6 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**CUARTO:** Declarar INFUNDADA la cuarta pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la referida resolución en el extremo referido a la imputación por el supuesto de infracción a la cláusula general, tipificada en el artículo 6 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**QUINTO:** Declarar INFUNDADA la quinta pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, CONFIRMAR el Artículo Primero de la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 065-2018-CCP/OSIPTTEL de fecha 26 de diciembre de 2018, en el extremo en que declara responsabilidad administrativa de América Móvil Perú S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general, infracción tipificada en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**SEXTO:** Declarar INFUNDADA la sexta pretensión contenida en el recurso de apelación interpuesto por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 6 de febrero de 2020; y, en consecuencia, DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la referida resolución en el extremo referido a la graduación de la sanción, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**SÉPTIMO:** Declarar la NULIDAD DE OFICIO de la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL, en el extremo que impone una multa de 1400 Unidades Impositivas Tributarias a la empresa América Móvil Perú S.A.C.; y, en consecuencia, RETROTRAER este extremo del procedimiento administrativo sancionador al momento de la emisión de la citada resolución, para que el Cuerpo Colegiado Permanente determine el monto de la multa a imponer por la infracción al literal b) del artículo 14.2 y al artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**OCTAVO:** Declarar PROCEDENTE la adhesión al recurso de apelación de América Móvil Perú S.A.C., interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. contra el extremo de la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 6 de febrero de 2020 que denegó el pedido de cese de las conductas infractoras a la leal competencia, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**NOVENO:** Declarar INFUNDADA la pretensión contenida en la adhesión al recurso de apelación de América Móvil Perú S.A.C., interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A.

**PERÚ**Presidencia  
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

contra el extremo de la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 6 de febrero de 2020 que denegó el pedido de cese de las conductas infractoras a la leal competencia; y, en consecuencia, DESESTIMAR la solicitud de imposición de medida correctiva en el marco del artículo 55 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**DÉCIMO:** CONFIRMAR el Artículo Cuarto de la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2020-CCP/OSIPTTEL de fecha 6 de febrero de 2020, que condena a América Móvil Perú S.A.C. al pago de los costos del presente procedimiento a favor de la denunciante, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE. -**

***Con el voto favorable de los señores vocales en la Sesión N° 506 de fecha 26 de febrero de 2021: Eduardo Robert Melgar Córdova, Armando Luis Augusto Cáceres Valderrama y María Tessy Torres Sánchez.***

EDUARDO ROBERT MELGAR CÓRDOVA  
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE  
CONTROVERSIAS