



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

OSIPTEL FOLIOS
CCO - 2082

OSIPTEL FOLIOS
CCO - 2358

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO PERMANENTE N° 004-2020-CCP/OSIPTEL

Lima, 6 de febrero de 2020

EXPEDIENTE	009-2018-CCP-ST/CD
MATERIA	Competencia Desleal
ADMINISTRADOS	Telefónica del Perú S.A.A. América Móvil Perú S.A.C.

SUMILLA: Se declara 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 6° y 14.2.b de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

En consecuencia, se sanciona 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.

Finalmente, se ordena 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.

El Cuerpo Colegiado Permanente constituido mediante Resolución de Consejo Directivo N° 072-2017-CD/OSIPTEL de fecha 1 de junio de 2017, y designado a través de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 126-2018-CD/OSIPTEL y N° 169-2018-CD/OSIPTEL de fechas 16 de mayo y 2 de agosto de 2018, respectivamente, a cargo de conocer y resolver los procedimientos de solución de controversias en materia de libre y leal competencia.

VISTO:

El Expediente N° 009-2018-CCP-ST/CD, correspondiente a la controversia suscitada entre Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) y América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, 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 los artículos 6° y 14.2.b de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044 (en lo sucesivo, la LRCD).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- Mediante escrito de fecha 23 de agosto de 2018, TELEFÓNICA interpuso una denuncia contra AMÉRICA MÓVIL, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, solicitando al Cuerpo Colegiado Permanente lo siguiente:

- (i) Se declare que AMÉRICA MÓVIL ha incurrido en un acto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, tipificado en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD y, en consecuencia, se le imponga como sanción la máxima multa aplicable.
- (ii) Como medida correctiva, se ordene a AMÉRICA MÓVIL:
- El cese de la explotación no autorizada materia de denuncia del espectro radioeléctrico de la banda 2.6 GHz de Cablevisión S.A.C. (en lo sucesivo, Cablevisión) - empresa absorbida por TVS Wireless S.A.C. (en lo sucesivo, TVS), y;
 - Se abstenga de comercializar y/u omita ofertar cualquier servicio cuya prestación se sustente en el uso no autorizado de espectro radioeléctrico en general.
- (iii) Una vez que se obtenga una decisión administrativa firme, respecto a la presente denuncia, se cumpla con publicar la sanción impuesta.
- (iv) Se condene a AMÉRICA MÓVIL al pago de costas y costos del presente procedimiento.
2. El 5 de setiembre de 2018, a través de la Resolución N° 052-2018-CCP/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado Permanente tuvo por presentada la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA contra AMÉRICA MÓVIL y dispuso la realización de una etapa de actuaciones previas por un plazo de veinte (20) días hábiles, con el objeto de que la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en lo sucesivo, la STCCO) recabe mayor información o identifique indicios razonables de contravenciones al marco normativo de represión de la competencia desleal.
3. Por Oficios N° 294-STCCO/2018, N° 295-STCCO/2018 y N° 296-STCCO/2018 del 21 de setiembre de 2018, la STCCO solicitó a AMÉRICA MÓVIL, Entel Perú S.A.C. (en lo sucesivo, Entel) y TELEFÓNICA, respectivamente, diversa información sobre la comercialización del servicio 4.5G en el mercado móvil¹. AMÉRICA MÓVIL y Entel cumplieron con presentar la información solicitada a través de las cartas N° DMR/CE/N°1641/18 y N° CGR-2197/18 del 10 y 9 de octubre de 2018, respectivamente; mientras que TELEFÓNICA presentó los escritos de fechas 2 y 10 de octubre de 2018, adjuntando la información requerida. Cabe mencionar que TELEFÓNICA Y AMÉRICA MÓVIL solicitaron que se declare la confidencialidad de la información proporcionada².
4. Mediante Oficio N° 297-STCCO/2018 del 24 de setiembre de 2018, la STCCO, le solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia

¹ En particular, la STCCO les requirió la siguiente información: (i) la fecha de lanzamiento del servicio 4.5G; (ii) el número mensual de líneas en servicio que han cursado tráfico de datos a través de la tecnología 4.5G desde su lanzamiento hasta agosto de 2018; y, (iii) la lista de centros poblados en los que a la fecha ofrecen la tecnología 4.5G.

² Mediante Resoluciones N° 056-2018-CCP/OSIPTEL y N° 057-2018-CCP/OSIPTEL del 29 de octubre y 8 de noviembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente desestimó las solicitudes de confidencialidad, dando tratamiento de pública la información proporcionada por AMÉRICA MÓVIL y TELEFÓNICA, respectivamente.

Desleal del INDECOPI (en adelante, la STCCD del INDECOPI), entre otros aspectos³, remitir un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que aplica el INDECOPI, para la generalidad de los mercados, respecto de las infracciones previstas en los artículos 6° y 14.2.b de la LRCD. La STCCD del INDECOPI absolvió dicho requerimiento a través del Oficio N° 093-2018/CCD-INDECOPI recibido el 12 de noviembre de 2018.

5. A través del Oficio N° 305-STCCO/2018 del 2 de octubre de 2018, la STCCO requirió a la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, la DGCC del MTC), diversa información referida al procedimiento sancionador que venía tramitando contra AMÉRICA MÓVIL por el uso y/o explotación indebida del espectro radioeléctrico en la banda 2.6, así como sobre la regulación sectorial de los títulos habilitantes para la utilización de dicho recurso⁴. Dicho requerimiento fue absuelto por la DGCC del MTC y la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones del MTC (en adelante, la DGCS del MTC), a través de los Oficios N° 21157-2018-MTC/27 del 24 de octubre de 2018 y N° 0194-2018-MTC/29.AAFI del 14 de noviembre de 2018, respectivamente.
6. Por Oficio N° 339-STCCO/2018 del 24 de octubre de 2018, la STCCO requirió a la DGCC del MTC diversa información referida a los acuerdos de comercialización suscritos entre las empresas integrantes del grupo AMÉRICA MÓVIL⁵. La DGCC del MTC cumplió con remitir la información solicitada a través del Oficio N° 22655-2018-MTC/27 de fecha 14 de noviembre de 2018.
7. Con fecha 10 de diciembre de 2018, la STCCO emitió el Informe de Actuaciones Previas N° 018-STCCO/2018, mediante el cual puso en conocimiento del Cuerpo Colegiado la existencia de indicios de la comisión de prácticas contrarias al marco

³ En el marco de dicho requerimiento, se solicitó informar lo siguiente: (i) si se encontraba tramitando un procedimiento de competencia desleal a raíz de alguna denuncia presentada por TELEFÓNICA contra AMÉRICA MÓVIL y si ha otorgado o denegado alguna medida cautelar; (ii) la relación de procedimientos en los cuales se hayan impuesto sanciones por infracciones a la cláusula general, tipificada en el artículo 6° de la LRCD, adjuntando las resoluciones correspondientes, e informar sobre la interpretación y aplicación práctica que la CCD ha venido realizando sobre dicho tipo infractor; (iii) la relación de procedimientos en los cuales se haya sancionado la comisión de actos de violación de normas de acuerdo al artículo 14.2.b de la LRCD e informar acerca de la interpretación y aplicación que la CCD viene realizando en relación a dicho artículo, así como sobre las autorizaciones, contratos o títulos que vienen siendo considerados como obligatorios para la concurrencia de un agente económico en los mercados evaluados por el INDECOPI.

⁴ En dicho requerimiento la STCCO solicitó la siguiente información: (i) copia de los pronunciamientos y sustentos técnicos que fundamentaron la decisión de denegar las solicitudes de transferencia de concesiones y espectro efectuadas por OLO del Perú S.A.C. y TVS Wireless S.A.C. a favor de AMÉRICA MÓVIL; (ii) si venía tramitando un procedimiento sancionador contra AMÉRICA MÓVIL por el uso y/o explotación indebida del espectro radioeléctrico en la banda 2.6; (iii) si ha realizado inspecciones técnicas con el fin de acreditar la prestación de servicios móviles LTE de AMÉRICA MÓVIL en la banda 2.6; (iv) si ha asignado o aprobado la transferencia de espectro de las empresas Cable Visión S.A.C. y TVS u otras empresas, en la banda 2.6 a favor de AMÉRICA MÓVIL; (v) la naturaleza jurídica de la habilitación administrativa para el uso del espectro radioeléctrico; y, (vi) si existen otros mecanismos adicionales que facultan a una empresa a operar en la porción del espectro asignado a un tercero.

⁵ La STCCO requirió la siguiente información: (i) si los acuerdos de comercialización de tráfico y/o servicios pueden ser convalidados o aprobados por el MTC, de acuerdo a sus competencias, (ii) si la aprobación de acuerdos de comercialización podría constituir autorizaciones o habilitaciones otorgadas por el MTC para la transferencia de titularidad o de uso del espectro radioeléctrico, (iii) los alcances y naturaleza del procedimiento de regularización al que podrían acogerse las empresas que suscribieron este tipo de acuerdos de comercialización, (iv) si el MTC había evaluado con anterioridad procedimientos de aprobación de acuerdos de comercialización; y (v) si se han iniciado procedimientos sancionadores por la utilización del espectro radioeléctrico sin la correspondiente autorización.

normativo de represión de conductas desleales y recomendó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en contra de AMÉRICA MÓVIL.

8. Mediante Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTEL de fecha 26 de diciembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente admitió a trámite la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA, dando inicio al procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de infracción a la cláusula general y violación de normas, infracciones tipificadas en los artículos 6° y 14.2.b de la LRCD, concediéndole un plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de sus descargos.
9. Mediante Oficio N° 072-STCCO/2019, de fecha 5 de febrero de 2019, la STCCO solicitó el apoyo de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL (en lo sucesivo, la GSF del OSIPTEL) para la realización de acciones de supervisión que permitiesen verificar si AMÉRICA MÓVIL brindaba servicios móviles 4G LTE y 4.5G a sus usuarios finales empleando las asignaciones en la banda 2.6 GHz, pertenecientes a sus empresas vinculadas, para las cuales no contaba con autorización⁶. La GSF presentó el resultado de las acciones de supervisión a través del Informe N° 00157-GSF/2019 del 26 de setiembre de 2019⁷.
10. El 11 de enero de 2019, AMÉRICA MÓVIL se apersonó al presente procedimiento sancionador y solicitó que se le conceda una prórroga de quince (15) días hábiles adicionales para la presentación de sus descargos debido a que requería analizar toda la información obrante en el expediente y realizar coordinaciones internas a efectos de solicitar información adicional para ejercer su derecho de defensa⁸. Dicha prórroga fue concedida a través de la Resolución N° 003-2019-CCP/OSIPTEL del 15 de enero de 2019.
11. Mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2019, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos planteando las siguientes defensas previas:
 - (i) Si la infracción imputada fuese la recogida en la primera parte del artículo 87.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en lo sucesivo, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones), solicita que se declare la improcedencia de la denuncia por incurrir en la causal de falta de interés para obrar. Ello, en la medida que existe un pronunciamiento previo y firme del MTC que determina que AMÉRICA

⁶ La STCCO reiteró la necesidad de realizar dichas supervisiones a través del Oficio N° 524-2019/OSIPTEL del 6 de setiembre de 2019. En específico, se solicitó a la GSF que constate lo siguiente: (i) los distritos o centros poblados en los cuales AMÉRICA MÓVIL cuenta con cobertura 4G LTE y 4.5G haciendo uso de la banda de 2.6 GHz, a nivel nacional, (ii) el resultado de las inspecciones en una muestra de distritos de Lima que haya identificado en el numeral previo, determinando si toda la infraestructura presente pertenece únicamente a AMÉRICA MÓVIL o si existe infraestructura de alguna de sus empresas vinculadas; (iii) si el uso de la banda de 2.6 GHz corresponde a mecanismos o técnicas de reventa de tráfico entre AMÉRICA MÓVIL y sus vinculadas o si la infraestructura presente permite corroborar que AMÉRICA MÓVIL usa directamente el espectro en la banda de 2.6 GHz para la provisión de servicios 4G LTE; y, (iv) si la infraestructura presente en las estaciones base supervisadas permite a AMÉRICA MÓVIL realizar la técnica de *carrier aggregation* con la banda de 2.6 GHz y otras bandas.

⁷ Por Resolución N° 059-2019-CCP/OSIPTEL de fecha 16 de diciembre, el Cuerpo Colegiado Permanente dispuso que parte de los Anexos N° 1 y 5 del Informe de la GSF N° 00157-GSF/2019, reciban tratamiento confidencial.

⁸ Asimismo, solicitó se le remita una copia de la Carta CGR-2197/18 de fecha 9 de octubre de 2018 presentada por Entel, que contiene información referida a los centros poblados en los que dicha empresa ofrece tecnología 4.5 G.

MÓVIL no incurrió en dicha infracción administrativa.

- (ii) Si la infracción imputada se sustenta en la segunda parte del artículo 87.2° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, solicita que se declare la improcedencia por incurrir en la causal de falta de interés para obrar, dado que existen procedimientos administrativos sancionadores en trámite en relación con estas materias.
 - (iii) En el supuesto negado en que no se declarase fundada la pretensión previa, solicita que se suspenda el presente procedimiento sancionador hasta contar con un pronunciamiento firme del MTC sobre la supuesta vulneración a la norma imperativa denunciada por TELEFÓNICA.
12. De otro lado, como defensa de fondo, AMÉRICA MÓVIL planteó las siguientes pretensiones:
- (i) La nulidad de la imputación por vulneración a la cláusula general, dado que la supuesta conducta desleal ya ha sido imputada bajo un supuesto específico de la LRCD.
 - (ii) En el supuesto negado que no se ampare la nulidad solicitada, dicha imputación debe ser declarada infundada, pues no existe una vulneración a la "buena fe empresarial".
 - (iii) La improcedencia de la imputación de violación de normas, pues los hechos denunciados no configuran el supuesto de infracción bajo el artículo 14.2.b de la LRCD. La improcedencia de la imputación acarrea su nulidad.
13. Por Resolución N° 011-2019-CCP/OSIPTEL de fecha 20 de febrero de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió tener por presentado el escrito remitido por AMÉRICA MÓVIL y corrió traslado del mismo a TELEFÓNICA a efectos de que se pronunciara sobre el particular en un plazo de cinco (5) días hábiles.
14. Con fecha 13 de marzo de 2019, TELEFÓNICA absolvió las defensas procesales planteadas por AMÉRICA MÓVIL y formuló alegaciones respecto de los descargos realizados por dicha empresa, solicitando el uso de la palabra para sustentar su posición.
15. Mediante Resolución N° 016-2019-CCP/OSIPTEL de fecha 20 de marzo de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente declaró la improcedencia de las defensas de forma planteadas por AMÉRICA MÓVIL y denegó la solicitud de uso de la palabra presentada por TELEFÓNICA.
16. A través del escrito presentado con fecha 3 de abril de 2019, AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 016-2019-CCP/OSIPTEL, a fin de que el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL revoque dicha Resolución y declare la improcedencia de la denuncia presentada por TELEFÓNICA por falta de interés para obrar y el archivo del presente procedimiento o, en su defecto, ordene la suspensión del procedimiento.

17. Mediante Resolución N° 009-2019-TSC/OSIPTEL, de fecha 10 de mayo de 2019, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL resolvió declarar improcedente el recurso de apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL contra la Resolución N° 016-2019-CCP/OSIPTEL. Asimismo, señaló que carecía de objeto emitir pronunciamiento sobre el pedido formulado por AMÉRICA MÓVIL para suspender los efectos de la mencionada resolución.
18. Por Resolución N° 025-2019-CCP/OSIPTEL de fecha 24 de mayo de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió iniciar la etapa de investigación a cargo de la STCCO, por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario.
19. A través del Oficio N° 386-STCCO/2019, de fecha 4 de julio de 2019, la STCCO solicitó información a la Dirección General de Fiscalizaciones y Sanciones en Comunicaciones del MTC (DGFS del MTC) respecto a los actuados en el Expediente N° 2018-0423, procedimiento sancionador contra AMÉRICA MÓVIL por el incumplimiento de las infracciones tipificadas en los numerales 1 y 2 (primera parte) del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones. La DGFS cumplió con remitir la información solicitada mediante Oficio N° 0080-2019-MTC/29 de fecha 9 de julio de 2019.
20. Mediante Oficio N° 405-STCCO/2019 de fecha 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 lo sucesivo, OLO) y TVS Wireless S.A.C. (en adelante, TVS) y sobre sus servicios móviles 4G LTE y 4.5G⁹. Por su parte, AMÉRICA MÓVIL absolvió el requerimiento a través de los escritos de fechas de 22 de julio, 7 de agosto y 21 de agosto de 2019, solicitando que se declare la confidencialidad de parte de la información remitida¹⁰.
21. A través del escrito fecha 15 de noviembre de 2019, AMÉRICA MÓVIL solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente 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.

⁹ En específico, la STCCO solicitó la siguiente información: (i) los contratos o acuerdos referentes a la compra del 100% de las acciones de OLO y TVS; (ii) la fecha de inicio de las negociaciones de la operación de compra; (iii) la fecha a partir de la cual sus clientes han recibido servicios móviles 4G LTE a través de la banda 2.6 MHz; (iv) los centros poblados en lo que se ha brindado dicho servicio durante el periodo 2016-2019, (v) presentar un informe técnico que explique la comercialización de la capacidad generada con sus empresas vinculadas en la banda 2.6 MHz; (vi) las comunicaciones previas o tratativas que se llevaron a cabo a fin de celebrar los contratos de comercialización con TVS y OLO; y, (vii) el número mensual de líneas móviles ganadas por portabilidad numérica, operador cedente, modalidad y aquellas que tienen la posibilidad de utilizar la tecnología 4.5G.

¹⁰ El Cuerpo Colegiado Permanente emitió los siguientes pronunciamientos en atención a las solicitudes de confidencialidad presentadas por AMÉRICA MÓVIL: (i) Resolución N° 039-2019-CCP/OSIPTEL del 13 de agosto de 2019, que dio tratamiento confidencial al Contrato de Compra de Acciones; (ii) Resolución N° 042-2019-CCP/OSIPTEL del 6 de setiembre de 2019, que declaró como confidencial los correos electrónicos de negociaciones sobre la compra de acciones de las empresas vinculadas a AMÉRICA MÓVIL y el informe Técnico sobre el contrato de comercialización suscrito con OLO y TVS; y, (iii) Resolución N° 048-2019-CCP/OSIPTEL del 13 de setiembre de 2019 que dio tratamiento público al número de líneas móviles ganadas por portabilidad, región, operador cedente, modalidad contractual y aquellas que tienen la posibilidad de utilizar los servicios 4.5G.

22. Mediante escrito de fecha 26 de noviembre de 2019, TELEFÓNICA absolvió los argumentos presentados por AMÉRICA MÓVIL, solicitando al Cuerpo Colegiado Permanente que declare fundada todas las pretensiones planteadas a lo largo del procedimiento.
23. Por escrito de fecha 2 de diciembre de 2019, AMÉRICA MÓVIL contestó los comentarios presentados por TELEFÓNICA. Asimismo, adjuntó un Informe Legal elaborado por los señores abogados Juan Carlos Morón Urbina y Milagros Paredes Carranza del Estudio Ehecopar (en adelante, el Informe del Estudio Ehecopar) que contiene una opinión legal sobre la Resolución Directoral N° 896-2019-MTC/29.03, que dispuso el archivo del procedimiento sancionador iniciado contra AMÉRICA MÓVIL por la infracción tipificada en la segunda parte del numeral 2) del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
24. El 9 de diciembre de 2019, la STCCO emitió el Informe Instructivo N° 010-STCCO/2019, a través del cual recomendó al Cuerpo Colegiado Permanente archivar el procedimiento sancionador iniciado contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de las infracciones previstas en los artículos 6° y 14.2.b de la LRCD y, evaluar la pertinencia de realizar una nueva imputación de cargos teniendo en consideración 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. Al respecto, la STCCO expuso los siguientes argumentos:
- (i) Las imputaciones por actos de competencia desleal en las modalidades de violación de normas y cláusula general, tienen naturaleza distinta. Por un lado, a través de la imputación por cláusula general, se evalúa el desarrollo de una estrategia comercial contraria a la buena fe reflejada en la adquisición de empresas que poseen espectro en la banda 2.6 GHz. y la suscripción de acuerdos de comercialización que buscan legitimar un uso ilícito del espectro radioeléctrico. De otro lado, a través de la imputación por violación de normas, se investiga el hecho de que AMÉRICA MÓVIL no se encuentra en capacidad de acreditar la tenencia de una autorización administrativa exigida por la regulación sectorial para utilizar y explotar el espectro radioeléctrico en la banda 2.6 GHz.
 - (ii) La infracción por actos de violación de normas es por el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, por lo que la acreditación de la norma imperativa vulnerada presupone el incumplimiento de las obligaciones sectoriales previstas en los artículos 117° y 204° del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC (en lo sucesivo, el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones).
 - (iii) El MTC tiene por función sancionar la utilización del espectro radioeléctrico sin la respectiva concesión o la utilización del mismo en una banda distinta a la asignada de acuerdo a la infracción prevista en el artículo 82.7 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones; mientras que el OSIPTEL busca a través de la conducta de violación de normas del artículo 14.2.b de la LRCD, sancionar el hecho que un agente económico se valga de una ventaja competitiva significativa fruto de una concurrencia ilícita en el mercado.

- (iv) El Principio de Retroactividad benigna no resulta aplicable al presente caso en tanto no se aprecia que la valoración social del comportamiento de AMÉRICA MÓVIL – utilizar el espectro radioeléctrico sin la respectiva autorización previa y expresa - haya cambiado con la publicación de la Norma que regula el arrendamiento de bandas de frecuencia de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, aprobada por Decreto Supremo N° 015-2019-MTC (en lo sucesivo, Norma de Arrendamiento de Espectro). Por el contrario, el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico sin la autorización previa del MTC sigue siendo tipificado como una infracción muy grave a la normativa de telecomunicaciones. De ahí se puede concluir que la valoración de la conducta imputada a AMÉRICA MÓVIL por el MTC no tiene una nueva valoración positiva.
- (v) Los acuerdos de comercialización no constituían (ni constituyen) instrumentos que autoricen a un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones para utilizar determinadas porciones del espectro. Por el contrario, los únicos instrumentos previstos en la normativa de desarrollo que permitían utilizar el espectro por dichos concesionarios, eran la Resolución Directoral que asigne determinada frecuencia de espectro radioeléctrico o la Resolución Viceministerial que apruebe la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión.
- (vi) Por aplicación de la Disposición Única Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro, AMÉRICA MÓVIL se encuentra en plazo para obtener el permiso de arrendamiento y adecuar su contrato de comercialización al régimen de arrendamiento previsto en la normativa, por lo cual, dicha empresa ha quedado – hasta que se cumpla el plazo de adecuación – librada o eximida de responsabilidad administrativa por la infracción prevista en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
- (vii) Si bien compete al MTC sancionar por la infracción descrita en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, norma que tipifica como infracción el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 117° y 204° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, la infracción por violación de normas investigada en el presente caso presupone el incumplimiento de las obligaciones sectoriales previamente descritas. Además, por los efectos de la Disposición Única Transitoria, ésta tiene el efecto de liberarla de responsabilidad por la infracción al artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, por la suscripción de contratos de comercialización con anterioridad a su entrada en vigencia.
- (viii) La imputación por cláusula general evalúa la ilicitud del medio empleado por AMÉRICA MÓVIL en su concurrencia en el mercado, materializado a través de la utilización de la figura de un “acuerdo de comercialización” suscrito con sus empresas vinculadas con el objeto de crear la apariencia de un uso regular o autorizado del espectro radioeléctrico y evadir las prohibiciones establecidas en la regulación sectorial. Sin embargo, por los efectos de la mencionada Disposición Única Transitoria, se ha eximido de responsabilidad administrativa por la suscripción de contratos de comercialización para utilizar el espectro radioeléctrico de terceras empresas vinculadas, motivo por el cual no

corresponde sancionar a la mencionada empresa por la infracción prevista en la cláusula general de la LRCD.

- (ix) La situación previamente mencionada no impide que se reformule o se identifique una nueva imputación de cargos que incluya conductas adicionales, tomando en consideración los cambios normativos introducidos por la Norma de Arrendamiento de Espectro y el hecho que la empresa ha venido utilizando la banda 2.6 GHz sin autorización previa y expresa por parte del MTC, lo cual le ha permitido ofrecer tecnología 4.5 G por medios ajenos a su propia eficiencia y tener un desempeño competitivo importante en el sector en detrimento de sus competidores.
25. Por Resolución N° 060-2019-CCP/OSIPTEL de fecha 16 de diciembre de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente puso en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL y TELEFÓNICA, el Informe Instructivo N° 010-STCCO/2019, otorgándoles un plazo de quince (15) días hábiles para que presenten sus respectivos comentarios y alegatos por escrito.
26. El 15 de enero de 2020, TELEFÓNICA presentó sus comentarios y alegatos al Informe Instructivo N° 010-STCCO/2019, solicitando el uso de la palabra y exponiendo los siguientes argumentos:

(i) Sobre la infracción al literal b) del artículo 14.2 de la LRCD

- El Cuerpo Colegiado Permanente únicamente debe corroborar que AMÉRICA MÓVIL: (i) haya concurrido en el mercado usando el espectro radioeléctrico de la banda 2.6; (ii) no cuente con título habilitante para ello y; (iii) haya obtenido una ventaja significativa ilícita en el mercado.
- La STCCO ha indicado que el tipo infractor imputado a AMÉRICA MÓVIL es el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, al concurrir en el mercado sin contar con los títulos habilitantes exigidos por los artículos 117° y 204° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. Dichas obligaciones no guardan relación con la infracción descrita en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones. Por tanto, la decisión del MTC respecto de la responsabilidad administrativa de AMÉRICA MÓVIL por la comisión de la infracción referida en el mencionado artículo, no constituye un elemento configurador de la infracción discutida en el presente procedimiento.
- De acuerdo a lo expuesto por la STCCO, los artículos 117° y 204° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y el numeral 32 de los Lineamientos de Política de Apertura del mercado de telecomunicaciones, aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC (en lo sucesivo, los Lineamientos de Apertura), establecen la obligación de obtener una autorización previa por parte del MTC para utilizar el espectro radioeléctrico. De esta forma, los únicos títulos habilitantes que permitían dicha utilización eran la Resolución Directoral y Resolución Viceministerial. Así, de acuerdo a

lo expuesto por la STCCO, un contrato entre privados no puede suplir la autorización previa del MTC respecto del uso de un recurso natural.

- Conforme refiere la STCCO, la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento crea un procedimiento especial para la obtención de la autorización que siempre fue obligatoria en mérito a los artículos 117° y 204° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, por lo que la obligación de contar con un título habilitante existió antes y después de la Norma de Arrendamiento de Espectro.
- En el marco del procedimiento, la STCCO acreditó que AMÉRICA MÓVIL utilizó el espectro radioeléctrico en la banda 2.6 GHz, cuando menos desde noviembre de 2017 y que ha presentado una mejora considerable en la velocidad de su internet móvil, lo cual le generó una ventaja significativa ilícita en detrimento de sus competidores.
- El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en lo sucesivo, el TUO de la LPAG) establece una lista taxativa de los supuestos eximentes de responsabilidad, en virtud de la cual, la emisión de la Norma de Arrendamiento de Espectro y, en particular, el período de adecuación de su Disposición Única Transitoria, no puede ser considerada como un eximente de responsabilidad administrativa. La única manera legal de interpretar la Disposición Única Transitoria de la Norma de Arrendamiento es que el período de adecuación suspenda la posibilidad de imponer una sanción durante dicho periodo. Sin embargo, esta norma de ninguna forma exoneraría de responsabilidad a AMÉRICA MÓVIL.
- En todo caso, la Norma de Arrendamiento de Espectro y, en particular, la Disposición Única Transitoria, podría interpretarse como un atenuante de responsabilidad administrativa de acuerdo a lo previsto en el TUO de la LPAG, lo cual no imposibilitaría que el Cuerpo Colegiado se pueda pronunciar sobre el fondo, declarando la responsabilidad de AMÉRICA MÓVIL e imponiendo medidas correctivas y el pago de costas y costos.

(ii) Respetto a la infracción a la cláusula general

- AMÉRICA MÓVIL ha hecho uso de una estrategia desleal con la finalidad de falsear el proceso competitivo mediante (i) el fraude a la ley y (ii) el incumplimiento a las condiciones impuestas por el MTC respecto del uso de la banda 2.6 GHz.
- De acuerdo a lo señalado por la STCCO, la conducta imputada por cláusula general es distinta e independiente de la imputada por violación de normas. La infracción a la cláusula general se configura por el despliegue de estrategias contrarias a la buena fe empresarial (obtener una ventaja competitiva por medios distintos a la propia eficiencia del agente). Asimismo, se busca determinar si ha existido o no una vulneración al deber general de

conducta, por lo que la eventual vulneración al marco normativo no constituirá una condición necesaria para la determinación de la responsabilidad del agente cuando se analice la contravención a la cláusula general.

- Se ha configurado un supuesto de fraude a la ley en la medida que existía la obligación clara de obtener una autorización para el uso del espectro. Sin embargo, frente a la denegatoria de transferencia de espectro radioeléctrico, AMÉRICA MÓVIL desarrolló un esquema contractual para burlar dicha restricción.
- Además, se ha configurado un supuesto de incumplimiento a las condiciones impuestas por el MTC. Así, en los contratos de transferencia de espectro y sus adendas incluían restricciones temporales ordenadas por el MTC que impedían transferir espectro en plazos determinados. De esta manera, AMÉRICA MÓVIL actuó en contra de la buena fe objetiva al haber desacatado las órdenes del MTC dirigidas a limitar y condicionar el uso del espectro radioeléctrico.

27. Por su parte, el 15 de enero de 2020, AMÉRICA MÓVIL presentó sus comentarios y alegatos contra el Informe Instructivo N° 010-STCCO/2019, solicitando el uso de la palabra y exponiendo los siguientes argumentos:

(i) Sobre las infracciones imputadas

- El supuesto de violación de normas, contenido en el artículo 14 de la LRCD, requiere que exista una infracción a una norma imperativa sectorial. En el presente caso, la norma imperativa vulnerada es la segunda parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
- El MTC decidió archivar el procedimiento tramitado contra AMÉRICA MÓVIL, relacionada a la infracción por el uso de frecuencias distintas a las autorizadas, segundo supuesto del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, en virtud del principio de retroactividad benigna.
- AMÉRICA MÓVIL presentó los contratos de arrendamiento de las respectivas bandas de frecuencias de espectro asignadas a TVS y OLO, dentro del período de adecuación que estableció la Norma de Arrendamiento de Espectro.
- Desde la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro, no es posible que la conducta imputada sea analizada como una infracción al artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, sino que debe ser evaluada como una infracción al numeral 22 del artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.
- AMÉRICA MÓVIL está libre de responsabilidad por la infracción descrita en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y, por tanto, se

encuentra exenta de responsabilidad por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

- En cuanto a la infracción a la cláusula general, la supuesta ilegalidad de los contratos de comercialización fue superada por la Norma de Arrendamiento de Espectro, pues dicha norma habría reconocido la validez de la suscripción de dichos contratos.
- Cualquier incumplimiento de la Norma de Arrendamiento de Espectro no podría ser encausado como una infracción a la cláusula general, sino que tendría que ser encausada como un supuesto de violación de normas. Lo contrario implicaría una vulneración a los principios de tipicidad y non bis in idem, debido a que, por un lado, se vulneraría el carácter residual de la cláusula general y, por otro lado, se imputaría una conducta bajo el tipo incorrecto.

(ii) Otras consideraciones respecto a los argumentos del Informe Instructivo

- En ningún caso corresponde al OSIPTEL, como autoridad de competencia, realizar un nuevo análisis respecto a la efectiva vulneración a la norma imperativa sectorial o plantear consideraciones relacionadas a la forma en la que el MTC analiza el cumplimiento de dicha normativa.
- El MTC emitió decisiones firmes que determinan que no ha existido infracción cometida por AMÉRICA MÓVIL respecto a los dos supuestos descritos en el artículo 87.2 de la Ley de Telecomunicaciones.
- El literal b) del artículo 14.2 de la LRCD no habilita a la autoridad de competencia a desconocer el pronunciamiento previo de la autoridad sectorial competente en relación con la norma vulnerada. Ello debido a que el OSIPTEL podría invadir las funciones del MTC y, además, podría producirse pronunciamientos contradictorios.
- Los contratos comercialización fueron suscritos de conformidad con el marco legal de telecomunicaciones, y fueron remitidos al MTC y al OSIPTEL. Ninguna de las referidas autoridades cuestionó los acuerdos de comercialización, más aún, el MTC ratificó la validez de dichos acuerdos.
- La Norma de Arrendamiento de Espectro estableció, por primera vez, como infracción, establecer una relación de comercialización de servicios y/o tráfico que involucre el uso, como medio de transmisión, de una porción de espectro radioeléctrico, sobre la cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso, sin el permiso de arrendamiento previo del MTC.
- De acuerdo con lo anterior, la Norma de Arrendamiento de Espectro contempla un periodo de seis (6) meses, para que los acuerdos de comercialización se adecuen a las nuevas condiciones establecidas en dicha norma, por tanto, en

atención a la regla de adecuación, el MTC aplicó el principio de retroactividad benigna.

- No tendría sentido la incorporación de una tipificación adicional que involucre una conducta que ya se encontraba tipificada. La existencia de los acuerdos de comercialización distingue la nueva infracción de aquella descrita en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones. Precisamente, la tipificación del numeral 22) del artículo 258 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones determina que dicha norma otorgue un plazo de adecuación, y fue el fundamento por el cual el MTC aplicó el principio de retroactividad benigna.

28. Mediante Resolución N° 001-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 15 de enero de 2020, el Cuerpo Colegiado convocó a AMÉRICA MÓVIL y LATINA a una Audiencia de Informe Oral, para el día 22 de enero de 2020.
29. El 22 de enero de 2020, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de los representantes de AMÉRICA MÓVIL y TELEFÓNICA. Durante el desarrollo de la audiencia, los representantes de ambas empresas expusieron sus argumentos sobre los hechos materia de investigación.
30. El 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 otorga los permisos de arrendamiento de espectro solicitados en conjunto con TVS y OLO para utilizar la banda 2.6 GHz.
31. Mediante escrito de fecha 3 de enero de 2020, TELEFÓNICA reiteró los argumentos expuestos en el Informe Oral, señalando que el otorgamiento de los permisos de arrendamiento no descartan la responsabilidad de AMÉRICA MÓVIL, sino que únicamente sirven para el análisis del período sancionable. Asimismo, señaló que la imputación abarca el empleo de estrategias desleales (fraude a la ley y evasión de limitaciones) a fin de obtener una ventaja competitiva ilícita.

II. OBJETO

32. La presente resolución tiene por objeto determinar si AMÉRICA MÓVIL incurrió o no en la realización de actos de competencia desleal en las modalidades de infracción a la cláusula general y violación de normas, infracciones tipificadas en los artículos 6° y 14.2.b de la LRCO; y, de ser el caso, disponer las sanciones y medidas correspondientes.

III. MARCO CONCEPTUAL

3.1. Los actos de competencia desleal contrarios a la cláusula general

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

"LRCD

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".

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

35. Este daño concurrencial ilícito entre los agentes económicos en la pugna competitiva, no es comparable con el daño normal y necesario que se produce entre los agentes durante el proceso competitivo y "se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia sino en la obstaculización de los competidores¹¹" a través de "actos que atentan contra la buena fe objetiva y el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo las reglas de la eficiencia¹²".

36. En el marco de la pugna competitiva, los agentes económicos causan necesariamente un daño concurrencial lícito a sus competidores, pues es producto del propio funcionamiento del mercado, la captación de consumidores a favor de un determinado agente económico y la detracción de clientela para el otro, siendo que, este desplazamiento en la preferencia de los consumidores será lícito cuando se encuentre sustentado en mejores condiciones de contratación, así como en la decisión libre e informada de los consumidores¹³.

¹¹ STUCCHI, Pierino (2007) *La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados*. En: Themis 54.

¹² *Ibid.* Pg. 289

¹³ Algunas de las mejoras en las condiciones de la oferta, pueden ser ofrecer una mejor calidad de productos y servicios, precios competitivos, entre otras.

37. En tal sentido, el concepto de lealtad definido en la cláusula general, busca establecer un límite entre las formas lícitas de competir en el mercado que resultan tolerables y deseables por el sistema legal, de aquellas que ocasionan un daño concurrencial ilícito atentando contra el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, por causas ajenas a la eficiencia económica.
38. Los Lineamientos Generales del OSIPTEL para la Aplicación de las Normas de Represión de la Competencia Desleal en el ámbito de las telecomunicaciones, aprobados por Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 007-2016-TSC/OSIPTEL del 9 de junio de 2016¹⁴ (en adelante, los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL), establecen que el aspecto vulnerado por los actos de competencia desleal es la buena fe empresarial que deben respetar los agentes concurrentes en el mercado, debiendo entenderse por buena fe empresarial, el logro de la preferencia de los usuarios por la eficiencia y los méritos propios, sin acudir o aprovecharse indebidamente de los méritos ajenos.
39. En el ámbito de la jurisprudencia administrativa, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI (en lo sucesivo, la SDC del INDECOPI) ha señalado que una conducta resultará sancionable como infracción individual a la cláusula general cuando represente una actuación obstruccionista en el mercado, esto es, cuando ésta dificulte o entorpezca indebidamente el normal desarrollo de las actividades que un competidor pueda desarrollar en el mercado para satisfacer la demanda de los consumidores, afectándose con ello, el proceso competitivo¹⁵.
40. Por su parte, en el marco de la jurisprudencia administrativa del OSIPTEL, los Cuerpos Colegiados¹⁶, han determinado que a efectos de identificar si una conducta investigada se encuentra prohibida por la cláusula general de competencia desleal, resulta necesario compararla con el *"comportamiento honesto, usual y proporcionado que debería tener un competidor en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones"*, considerada como la *"conducta esperada"*.
41. En concordancia con ello, el artículo 1° de la LRCD¹⁷, exige que la conducta cuestionada viole un deber general de conducta que perjudique un interés general más

¹⁴ Publicados el 24 de junio de 2016 en el Diario Oficial El Peruano, por Resolución de Consejo Directivo N° 077-2016-CD/OSIPTEL de fecha 16 de junio de 2016.

¹⁵ Al respecto, revisar los siguientes pronunciamientos emitidos por la SDC del Tribunal del INDECOPI: i) Resolución N° 3542-2012/SDC-INDECOPI de fecha 21 de diciembre de 2012, recaída bajo Expediente N° 052-2011/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Respaldo S.A.C. contra Presto Ya S.A.C. y otros; y, ii) Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI de fecha 21 de febrero de 2013, recaída bajo Expediente N° 147-2011/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Directv Perú S.R.L.

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

¹⁷ LRCD
"Artículo 1.- Finalidad de la Ley.-"

allá del interés particular de un agente económico afectado por la conducta, esto es, la referida norma tiene por objeto la protección del orden público económico y no así, la tutela de los intereses particulares de los agentes económicos en el mercado¹⁸.

42. Cabe mencionar que, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la LRCD¹⁹, la cláusula general establecida en el artículo 6°, es por si misma el tipo infractor que identifica las conductas desleales susceptibles de ser sancionadas por la autoridad, siendo que, las conductas descritas expresamente en el Capítulo II de dicha norma, constituyen un listado enunciativo de actos de competencia desleal que permite de manera complementaria, contar con una mayor claridad sobre las conductas más frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal.
43. Es así que la referida cláusula general, permite que la autoridad de competencia **investigue aquellos actos que por su novedad o por sus singulares características, no se encuentran previstos expresamente en el listado enunciativo** y que, de lo contrario, quedarían impunes, pese a constituir actos que, conforme a la ley en cuestión, serían calificados como desleales.
44. En efecto, conforme a lo expuesto por los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPI TEL, la aplicación de la cláusula general puede resultar de suma utilidad en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, para hacer frente a prácticas desleales cada vez más complejas derivadas de la aparición de servicios con nuevas características técnicas, o del ofrecimiento de servicios en conjunto (empaquetamientos) como producto de la convergencia.
45. Así, conforme ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia tanto del INDECOPI como del OSIPI TEL²⁰, la cláusula general constituye una figura de aplicación residual, en tanto no exista un supuesto específico comprendido dentro del catálogo de supuestos más comunes enunciados en la LRCD, por lo que su aplicación debe reservarse a aquel escenario en que la conducta denunciada tenga características propias y atípicas que no se asemejen a alguna de las figuras infractoras enunciadas en el Capítulo II de la norma.

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".

¹⁸ En relación a la finalidad de la ley, la Exposición de Motivos de la LRCD, indica que "la protección del proceso competitivo implica la tutela de todos los agentes que intervienen en el mercado: los proveedores de bienes o servicios, los consumidores y el orden económico. En este sentido, el Decreto Legislativo se enmarca dentro del modelo social de represión de la competencia desleal, proclamado por las principales legislaciones sobre competencia desleal de raíz romano germánica e implica la protección, no solamente del interés de los concurrentes en el mercado, sino además, del interés de los consumidores y el orden público económico".

¹⁹ Exposición de Motivos de la LRCD, pp. 13.

²⁰ Este criterio ha sido desarrollado en basta jurisprudencia del INDECOPI, a manera de ejemplo, pueden revisarse los siguientes documentos: i) Resolución N° 2976-2012/SC1-INDECOPI del 25 de octubre de 2012, recaída bajo Expediente N° 215-2011/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido entre Bembo S.A.C contra Compañía Nacional de Chocolates del Perú; ii) Resolución N° 3156-2012/SDC-INDECOPI de fecha 19 de noviembre de 2012, recaída bajo Expediente N° 121-2011/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido entre Cemex Perú S.A. y Justino Atencio Gutiérrez; y, iii) Resolución N° 434-2014/SDC-INDECOPI de fecha 28 de marzo de 2014, recaída bajo Expediente N° 015-2012/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado Arzobispo Loayza S.A.C. contra Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado Daniel Alcides Carrión S.A.C.

46. De lo previamente expuesto, se concluye que la realización de las conductas desleales enunciadas expresamente en la referida norma, constituyen también una infracción a la cláusula general; no obstante, en el supuesto en que existan actos de competencia desleal que, por su novedad o singulares características, no se encuentren previstos expresamente en la lista enunciativa, éstos resultarían sancionables de manera directa a través de la cláusula general. Es así que, cuando se invoque la aplicación de la cláusula general de manera independiente, como sucede en el presente caso, ésta cumple un papel residual que permite la incorporación de cualquier otra conducta que revista las características de un acto de competencia desleal y no se encuentre tipificado en la lista enunciativa.
47. Al respecto, es preciso señalar que, si bien la cláusula general proporciona una herramienta de gran utilidad para investigar y sancionar prácticas desleales cada vez más complejas que se vienen desarrollando en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, producto de la rápida modificación de las condiciones del mercado y la aparición de servicios con nuevas características técnicas derivados de la convergencia tecnológica; ello, no debe implicar una falta de rigurosidad en el análisis de la conducta analizada por parte de la agencia de competencia.
48. Asimismo, el artículo 7° de la LRCD²¹ establece que, para determinar la existencia de un acto de competencia desleal, no se requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización, ni tampoco que dicho acto haya generado un daño efectivo en perjuicio de otros concurrentes en el mercado, los consumidores o el orden público, bastando que exista un daño potencial.
49. En tal sentido, los agentes económicos que cometan actos de competencia desleal, no podrán argumentar válidamente en su defensa el desconocimiento de la legislación vigente o la ausencia de dolo, puesto que la ley define la ilegalidad objetiva de dichas prácticas. Además, es preciso tener en consideración que, para el caso de los agentes altamente especializados, esto es, empresas con características similares a las que ostenta AMÉRICA MÓVIL, dedicadas a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a través de un título habilitante otorgado por el Estado, resultaría difícil sostener el desconocimiento de la legislación sectorial vigente que le es exigible.
50. Conforme a lo desarrollado por los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL en diversos pronunciamientos²², la metodología de análisis sobre la existencia de una presunta infracción a la cláusula general debe abarcar los siguientes aspectos:
- (i) Que la conducta realizada por el agente no sea una conducta esperada,

²¹

LRCD

"Artículo 7.- Condición de ilicitud.-"

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

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

²²

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

atentando así contra la buena fe comercial, logrando o pretendiendo lograr la preferencia de los consumidores por causas distintas a la propia eficiencia y así tentar obtener un beneficio ilícito.

- (ii) Que dicha conducta afecte o pueda afectar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo: en relación a la oferta o demanda de bienes y/o servicios en el mercado.
 - (iii) Que no es necesario acreditar un daño efectivo, bastando constatar que la generación del daño sea potencial, para que la conducta sea considerada ilícita.
51. Finalmente, es preciso dejar en claro que, la conducta orientada a la buena fe empresarial se define según las características y usos propios de cada industria, por lo que, en el presente caso, las reglas de conductas básicas deberán extraerse de la regulación de servicios públicos de telecomunicaciones. Así, los principios generales implícitos en la regulación sectorial ofrecen importante fuente para dar contenido a la cláusula general incluida en la norma de represión de competencia desleal.
52. Por tanto, en atención a lo anteriormente expuesto, este Cuerpo Colegiado Permanente deberá acreditar los hechos expresados en la imputación de cargos formulada contra AMÉRICA MÓVIL, y, conforme a ello, proceder a valorarlos en relación a los aspectos previamente señalados para el análisis sobre la existencia de una presunta infracción a la cláusula general.

3.2. Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

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

"LRCD

Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

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

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

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

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

(Énfasis agregado)

54. De acuerdo a la norma citada, la violación de normas se producirá cuando una *"infracción normativa afecte de forma positiva la posición competitiva del infractor, al*

romper el principio de igualdad frente a otros competidores que sí cumplen con la ley²³. En tal sentido, la presente infracción busca sancionar las prácticas que alteren la posición de igualdad ante la ley en que deben encontrarse todos los agentes competidores en el mercado²⁴.

55. En esta misma línea, diversa jurisprudencia administrativa de la SDC del INDECOPI ha señalado que la infracción previamente referida *"consiste en la realización de conductas que tengan como efecto, real o potencial, valerse de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas correspondientes a un determinado ordenamiento sectorial"*²⁵.
56. En tal sentido, nos encontraremos ante un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando se presenten dos elementos concurrentes: (i) una conducta consistente en la infracción de una norma imperativa, y (ii) un efecto real o potencial que radica en la consecución de una ventaja competitiva significativa como resultado de la infracción a la norma.
57. Al respecto, a fin de determinar el primer elemento, esto es la vulneración de una norma imperativa sectorial, el artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, establece dos supuestos en los que quedará acreditada la existencia de la infracción²⁶.
58. Una primera modalidad se acredita cuando a través de la infracción de una norma imperativa se obtiene una ventaja significativa en el mercado, siendo dicha infracción determinada por una autoridad competente mediante resolución previa y firme. En relación con ello, es preciso señalar que la ley establece que debe tratarse de una *"norma imperativa"*²⁷. Asimismo, para que la decisión que determina la infracción pueda ser considerada firme, ésta no puede encontrarse pendiente de ser revisada en la vía contencioso administrativa.
59. De otro lado, la segunda modalidad se acredita cuando un agente económico que se encuentra sujeto a cumplir con ciertos requisitos (contar con autorizaciones, contratos o títulos) que se exigen para desarrollar determinada actividad empresarial, no cumple aquellas condiciones para concurrir en el mercado. En dicho escenario, la realización de esta actividad económica sin cumplir con dichos requisitos, también constituye un acto de competencia desleal en la medida que el agente infractor no incurre en los costos requeridos para adecuar su actividad a los parámetros establecidos por la norma vigente, por lo que a través de esta concurrencia ilícita puede obtener una venta significativa en el mercado en el que participa.

²³ Kresalja Rosselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.

²⁴ MASSAGUER; José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas.1999. Pg. 432.

²⁵ Resolución de la SDC del INDECOPI N° 0200-2016/SDC-INDECOPI de fecha 21 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 0110-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Llama Gas Pucallpa S.A. contra GLP Amazónico S.A.C.

²⁶ Cabe señalar que conforme al artículo 14° de la LRCD, una tercera modalidad la constituye el supuesto de la actividad empresarial del Estado sin cumplir con el principio de subsidiariedad.

²⁷ En palabras de Aníbal Torres, las normas imperativas son establecidas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto a quien no le está permitido dejarlas sin efecto, ni total ni parcialmente, en sus actos privados. TORRES, Aníbal. *"Introducción al Derecho"*, Tercera Edición, 2008. Editorial IDEMSA, Lima, pg. 267-268.

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

3.2.1. El supuesto de violación de normas contenido en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD

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

62. Al respecto, la Exposición de Motivos de la LRCD, indica lo siguiente:

"(...) la realización de una actividad económica sin los respectivos contratos o títulos, constituye un acto de competencia desleal cuando el agente infractor decide no incurrir en los costos requeridos para adecuar su actividad a los parámetros establecidos por las normativas vigentes, situación que lo coloca en ventaja significativa respecto de los agentes que si incurren en dichos costos."²⁸

63. Asimismo, la Exposición de Motivos menciona que para acreditar la comisión del acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas previsto en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, bastará con verificar si el agente investigado cuenta con las autorizaciones respectivas para realizar su actividad económica.
64. En esta misma línea, de acuerdo a lo señalado en los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, en esta segunda modalidad de violación de normas se aprecia que la carga de la prueba es trasladada al investigado, quien deberá acreditar si cuenta con los títulos habilitantes que le sean requeridos para la realización de la actividad económica respectiva.
65. En el mismo sentido, la SDC del INDECOPÍ²⁹ ha reconocido en diversos pronunciamientos, que el supuesto regulado en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, exige que la autoridad compruebe que el competidor no cuente con aquellas declaraciones de la autoridad sectorial competente o contratos que le permitan llevar a cabo lícitamente la actividad económica, lo cual se evidencia con la omisión, negativa o la imposibilidad por parte de éste, de exhibir o entregar las referidas autorizaciones, licencias o contratos:

²⁸ Exposición de Motivos de la LRCD, pp. 20.

²⁹ A manera de ejemplo, véanse los siguientes pronunciamientos de la SDC del INDECOPÍ: i) Resolución N° 140-2016/SDC- INDECOPÍ de fecha 15 de marzo de 2016, recaída bajo el Expediente N°244-2013/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por la Sociedad Nacional de Industrias contra Oleaginosa del Sur S.R.L.; ii) Resolución N° 0200-2016/SDC-INDECOPÍ de fecha 21 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 0110-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Llama Gas Pucallpa S.A. contra GLP Amazónico S.A.C.; iii) Resolución N° 0187-2016/SDC-INDECOPÍ de fecha 15 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 035-2015/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido de oficio contra S.P.S. Ingenieros S.A.C.; y, iv) Resolución N° 0488-2016/SDC-INDECOPÍ de fecha 22 de setiembre de 2016, recaída bajo Expediente N° 55-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Compañía de Seguridad Prosegur S.A. contra Smart Security S.A.C.

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

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

66. Asimismo, según lo indicado en los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, en caso sea necesario, el OSIPTEL podrá requerir un informe de la autoridad a cargo del otorgamiento de los referidos títulos habilitantes, a fin de determinar de modo fehaciente si el presunto infractor cuenta o no con las referidas autorizaciones.
67. En atención a lo expuesto, se desprende que la infracción prevista en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD se configura cuando el agente investigado no acredita la existencia de algún título habilitante que se requiera obligatoriamente para realizar cierta actividad económica³⁰, siendo que, en caso sea necesario, el OSIPTEL requerirá un informe a la autoridad sectorial competente con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización respectiva.
68. Ahora bien, de acuerdo a la definición señalada en el artículo 14.1 de la LRCD, el segundo elemento del tipo de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se relaciona con que el agente debe obtener una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción a la normativa sectorial correspondiente, esto es, debe considerarse la disminución o el ahorro en costos que ha logrado una empresa como consecuencia de la infracción a la norma imperativa.
69. En concordancia con la Exposición de Motivos de la LRCD, la ventaja significativa para la modalidad de actos de violación de normas contenida en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD, es de tipo objetiva:

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

Debe considerarse que, conforme a lo señalado en el párrafo precedente, queda claro que la concurrencia en el mercado sin contar con los contratos o títulos respectivos, constituye un acto típicamente desleal, ya que otorga una ventaja económica a un agente determinado en perjuicio directo de los demás concurrentes en el mercado. En tal sentido, para determinar la deslealtad de dicha práctica bastará con verificar si el agente investigado cuenta con las autorizaciones respectivas para

³⁰ Este criterio ha sido aplicado en diversas Resoluciones de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, véase la Resolución N° 008-2015/CCD-INDECOPI (Expediente N° 182-2012/CCD), la Resolución N° 106-2015/CD1-INDECOPI (Expediente N° 261-2011/CCD) la Resolución N° 191-2015/CD1-INDECOPI (Expediente N° 116-2015/CCD), la Resolución N° 024-2015-CD -INDECOPI (Expediente N° 249-2013/CCD).

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)

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

"(...) según la Exposición de Motivos, el agente económico que no incurre en los costos requeridos para contar con el título habilitante y, en consecuencia, opera en el mercado sin la autorización respectiva obtiene una ventaja significativa per se. Es decir, es la concurrencia misma en el mercado la que representa una ventaja significativa para el agente infractor, lo que permite presumir el incumplimiento de los requisitos establecidos en la norma sectorial que debe reunir un agente económico que pretenda operar en el mercado en observancia de la ley. Estos requisitos involucran costos que son ahorrados por el infractor y asumidos por otros agentes competidores³¹.

(Énfasis agregado)

"(...) 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 significativa³².

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

- (i) Que el agente haya vulnerado una norma imperativa, para el caso en concreto; la contravención debe involucrar no contar con una autorización, contratos o títulos para operar en el mercado.

³¹ Revisar los siguientes pronunciamientos emitidos por la SDC del INDECOPI: i) Resolución N° 0200-2016/SDC-INDECOPI de fecha 21 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 0110-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Llama Gas Pucallpa S.A. contra GLP Amazónico S.A.C.; ii) Resolución N° 0187-2016/SDC-INDECOPI de fecha 15 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 035-2015/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido de oficio contra S.P.S. Ingenieros S.A.C.; iii) Resolución N° 0488-2016/SDC-INDECOPI de fecha 22 de setiembre de 2016, recaída bajo Expediente N° 55-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Compañía de Seguridad Prosegur S.A. contra Smart Security S.A.C.; y, iv) Resolución N° 483-2014/SDC-INDECOPI de fecha 22 de abril de 2014, recaída bajo Expediente N° 252-2012/CCD, en el marco del procedimiento seguido por Daniel José Leonardo Reátegui Palacios contra Asociación Educativa Instituto Técnico de Administración de Empresas.

³² Revisar las siguientes Resoluciones de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL: i) Resolución N° 005-2016-CCO/OSIPTEL de fecha 21 de diciembre de 2016, recaída bajo Expediente N° 002-2016-CCO-ST/CD, en el marco del procedimiento seguido de oficio contra Grupo Inweb Perú E.I.R.L. contra Sky Network S.A.C.; y, ii) Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 10 de julio de 2014, recaída bajo Expediente N° 002-2013-CCO-ST/CD, emitida en el marco del procedimiento seguido de oficio contra Radiodifusión TV Sucre E.I.R.L. y otros.

(ii) La existencia de una ventaja significativa para el infractor generada a partir de dicha infracción.

(iii) La posibilidad de valerse de dicha ventaja en el mercado.

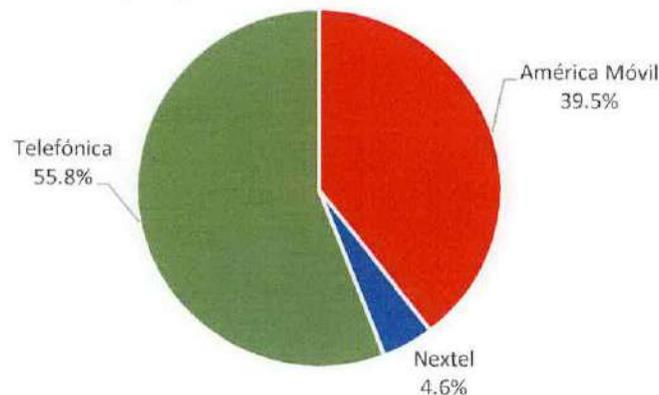
72. En atención a lo anteriormente expuesto, este Cuerpo Colegiado Permanente deberá examinar los hechos objeto de la imputación de cargos formulada contra AMERICA MOVIL y, conforme a ello, concluir si se ha verificado o no la existencia de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

IV. EL MERCADO INVESTIGADO

4.1. Descripción del mercado de servicios móviles

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

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



Fuente: OSIPI TEL

74. Posteriormente, en julio de 2014 Viettel Perú S.A.C. (en adelante, Viettel), inició formalmente sus operaciones en el Perú. Cabe destacar que el ingreso de Viettel al mercado peruano de servicios móviles se produjo a partir la adjudicación de espectro en las bandas de 1900 MHz, en el año 2011, y de 900 MHz, en agosto de 2012. Asimismo, en octubre de 2014 Entel inició sus operaciones en el mercado peruano, dejando atrás la marca Nextel, luego de haberse concretado la adquisición de Nextel en agosto de 2013.

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

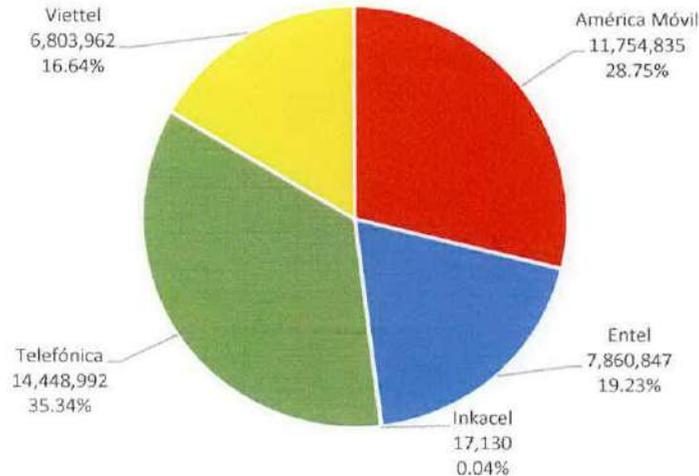
Gráfico N° 2: Inicio de ofertas 4G LTE en el Perú



Elaboración: STCCO

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

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



Fuente: OSIPTEL
Elaboración: STCCO

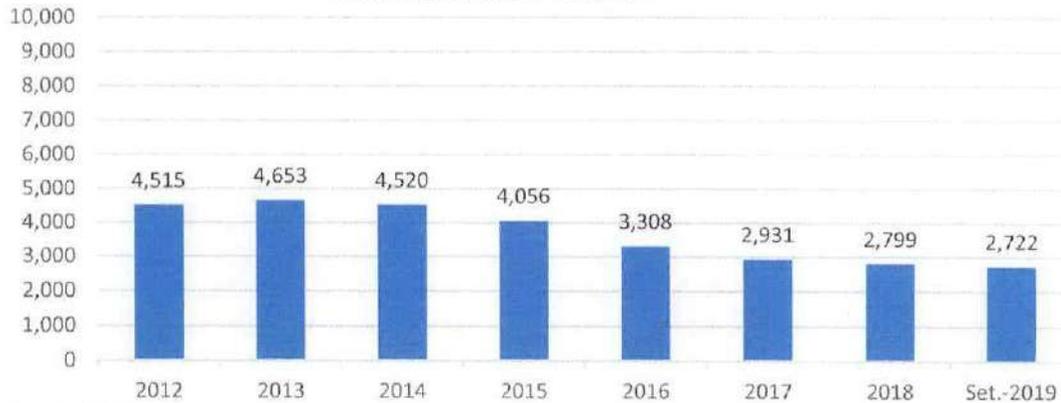
78. Cabe destacar que a partir de julio de 2016 ingresó al mercado el primer operador móvil virtual, Virgin Mobile Perú S.A. (en lo sucesivo, Virgin), con una oferta centrada en la modalidad prepago. Sin embargo, en setiembre de 2017, Virgin anunció su salida del país, y vendió sus operaciones en el Perú a Inkacel Movil S.A. (Inkacel). A setiembre de 2019, Inkacel había logrado apenas el 0.04% del total de líneas en servicio (17,130 líneas). Cabe destacar que en mayo de 2017 Virgin, había logrado contar con 89,457 líneas en servicio; sin embargo, a partir de dicho momento empezó a perder clientes, llegando a la cifra ya señalada hacia setiembre de 2019. Es preciso señalar también que, en octubre de 2015, TELEFÓNICA lanzó en el Perú su segunda marca, "Tuenti", para brindar servicios móviles. Dicha marca estaba enfocada en la modalidad prepago; no obstante, en octubre de 2019 TELEFÓNICA retiró del mercado dicha marca.³³
79. Así, como podemos ver en el siguiente gráfico, la concentración del mercado, medida a través del Herfindahl-Hirschman Index (HHI), se ha reducido considerablemente desde el mes de setiembre de 2014, llegando a 2,886 en setiembre de 2018; sin embargo, este mercado todavía debe considerarse como uno de concentración elevada, ya que presenta un HHI superior a 2,500.³⁴

³³ Algunos medios informaron esta decisión de TELEFÓNICA. Ver: <https://rpp.pe/economia/economia/tuenti-de-telefonica-dejara-el-mercado-peruano-el-13-de-octubre-noticia-1222603>. (Última visita: 30/01/2020).

³⁴ El HHI fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. El HHI fluctúa entre 0 y 10,000 siendo este último caso aquel del monopolio que cuenta con el 100% del mercado. Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, según se explica en el siguiente cuadro:

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

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



Fuente: OSIPTEL
Elaboración: STCCO

80. De otro lado, si se analiza específicamente el mercado de acceso a internet desde dispositivos móviles³⁵, se observa que, a setiembre de 2019, aproximadamente 24 millones de teléfonos móviles pudieron acceder a la navegación por internet. Asimismo, alrededor de 0.3 millones de dispositivos distintos a los teléfonos móviles pudieron acceder a internet a través de redes móviles (dispositivos USB, *tablets*, *laptops* con *SIM Card*, entre otros). Así, a setiembre de 2019, fueron aproximadamente 24.3 millones de líneas accedieron a internet móvil, representando un incremento de 113% respecto a lo que se observó en el primer trimestre de 2014, cuando fueron 11.4 millones de líneas las que se conectaron a internet móvil.
81. En el caso de los teléfonos móviles, a setiembre de 2019, TELEFÓNICA tenía el 37% de participación de mercado, en tanto que AMÉRICA MÓVIL tenía el 33%, seguido por Entel con el 14%, y Viettel con el 16%.

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

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

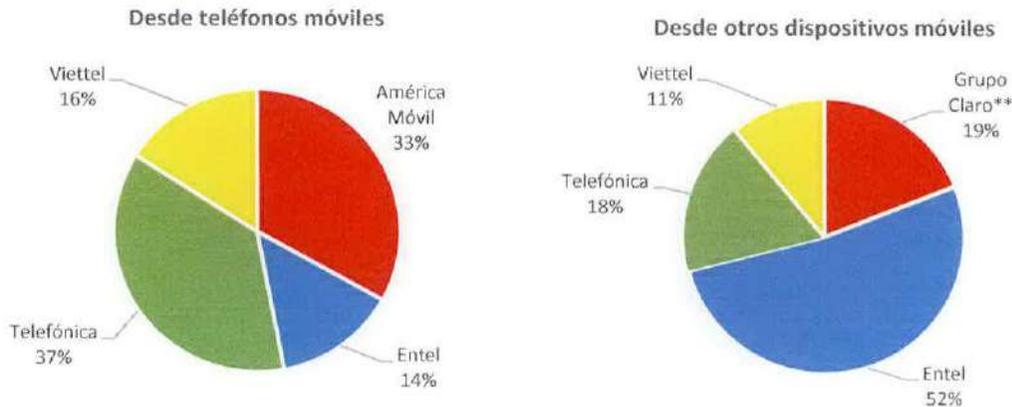
Donde:

N = número de empresas en una industria
 S_i = participación de mercado de la empresa i

³⁵

Las estadísticas de este mercado están disponibles en: <http://www.osiptel.gob.pe/documentos/6-indicadores-del-servicio-de-internet-movil>. (Última visita: 30/01/2020).

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



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

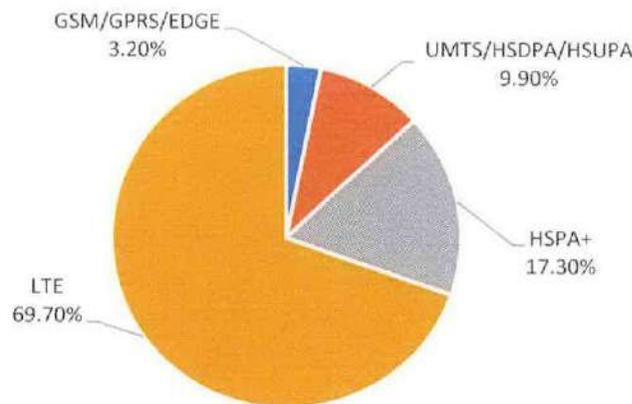
** En Grupo Claro se considera a las empresas América Móvil, OLO y TVS.

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

Fuente: OSIPTEL

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

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



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

Fuente: OSIPTEL

4.2. La importancia de la banda 2.6 GHz y del 4.5 G

4.2.1. Sobre la banda de 2.6 GHz

83. En el caso de Perú, la Banda de 2.6 GHz recién fue canalizada de acuerdo a estándares internacionales para su mayor aprovechamiento en el año 2018. En ese sentido, la

Resolución Viceministerial N° 242-2018-MTC/03, que modifica la Resolución Viceministerial N° 268-2005-MTC/03 que aprueba las Disposiciones de Radiocanales (Canalizaciones) para los Servicios de Telecomunicaciones, ha establecido la siguiente canalización para la banda de 2.6 GHz:

Cuadro N° 1: Nueva canalización de la banda de 2500 – 2692 MHz a nivel nacional

Bloque	Rango de Frecuencias (MHz)	
	Ida	Retorno
A	2 500 – 2 530	2 620 – 2 650
B	2 530 – 2 550	2 650 – 2 670
C	2 550 – 2 570	2 670 – 2 690
D	2 575 – 2 595	
E	2 595 – 2 615	

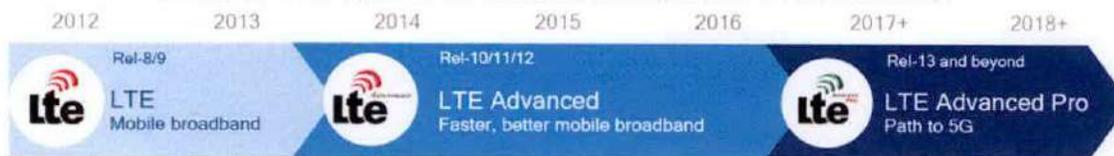
Fuente: Resolución Viceministerial N° 242-2018-MTC/03

84. De esta manera, los bloques A, B y C, corresponden a arreglos FDD, en tanto que los bloques D y E corresponden a arreglos TDD.

4.2.2. Carrier Aggregation y 4.5G

85. Las redes móviles vienen experimentando evoluciones constantes. A nivel comercial se prepara la llegada de las llamadas redes "5G", que supondrán un importante salto respecto a lo que se ha experimentado en las redes 4G LTE.
86. Es así que en el camino hacia el 5G, los diversos actores del lado de la oferta de servicios móviles han venido desplegando avances intermedios, los cuales principalmente han recibido comercialmente los nombres de 4G+ o 4.5G.
87. A nivel técnico, sin embargo, estos avances han recibido los nombres de LTE-Advanced y LTE-Advanced Pro, los cuales a su vez han venido siguiendo los desarrollos de los llamados releases o estándares establecidos por la 3GPP³⁶. Así por ejemplo, el LTE Advanced ha sido definido en los releases 10, 11 y 12, en tanto que el LTE Advanced Pro ha sido definido en los releases 13 y 14. Cabe destacar que los releases 15 y 16 están referidos a lo que comercialmente se llama 5G.

Gráfico N° 7: Evolución de releases del LTE al LTE Advanced Pro



Fuente: Qualcomm TechnOLOGies (2016). Delivering on the LTE Advanced promise

88. Tal como su nombre indica, LTE Advanced y LTE Advanced Pro representan mejoras en cuanto a lo que tradicionalmente se ha conocido como 4G LTE, y son tecnologías que se presentan como el camino hacia lo que será el 5G.

³⁶ La 3GPP es una asociación de telecomunicaciones que desarrolla estándares o especificaciones en colaboración para arquitecturas de radiocomunicaciones, redes centrales y servicios.

89. Así, mientras que con el LTE se introdujo la llamada banda ancha móvil, con el LTE Advanced y el LTE Advanced Pro se presentan mejoras en distintas variables para la transmisión de datos, principalmente en lo que respecta a la velocidad.
90. Para ello, el LTE Advanced y el LTE Advanced Pro utilizan una técnica llamada "carrier aggregation" o agregación de portadoras. En su escrito de denuncia, TELEFÓNICA señala que esta técnica de uso agregado de portadoras "permite alcanzar altas velocidades de navegación empleando de manera simultánea dos (2) o más bandas LTE." Es decir, consiste en una tecnología que implica utilizar de forma simultánea bandas de frecuencia diferentes o canales distintos de una misma banda, de forma que se logre velocidades mayores de navegación.
91. Respecto a la agregación de portadoras, 5G Americas³⁷ señala que es importante para los operadores de todo el mundo, pues les permite crear mayores bandas de espectro "**al combinar recursos espectrales dispares**", así, agrega, "**a mayor tamaño de las bandas de espectro, mayor la eficiencia de LTE**".
92. De otro lado, la 3GPP, respecto al LTE Advanced, señala que la forma más fácil de incrementar la capacidad es agregar más ancho de banda. Para ello señala, el LTE Advanced es provisto a través de la agregación de portadoras de Release 8 y 9, de modo que cada portadora agregada se denomina portadora componente. Según la 3GPP, "la portadora componente puede tener anchos de banda de 1.4, 3, 5, 10, 15, o 20 MHz y un máximo de cinco portadoras componentes pueden ser agregadas", dado el máximo de 100 MHz de ancho de banda.³⁸
93. Cabe destacar que según la página web de AMÉRICA MÓVIL³⁹, su servicio GigaRed 4.5G es provisto a través de lo que denomina "4.5G o LTE Advanced Pro", la cual señala que es "una de las tecnologías más avanzadas en redes móviles, representa una evolución de las redes 4G y posibilita alcanzar mayores velocidades en transmisión de datos."
94. La tecnología LTE Advanced Pro se ha establecido a partir del reléase 13 de 3GPP, y consiste básicamente en la incorporación de mejoras a lo que ya se tenía con el LTE Advanced. Así, las mejoras establecidas por el LTE Advanced están referidas a la velocidad y la latencia, así como a la posibilidad de agregar más portadoras. Con el LTE Advanced Pro se pueden agregar hasta 32 portadoras de hasta 20 MHz cada una, en tanto que con LTE Advanced solamente se pueden agregar hasta 5 portadoras de 20 MHz cada una.

Cuadro N° 2: Principales diferencias entre LTE Advanced y LTE Advanced Pro

Especificaciones	LTE Advanced	LTE Advanced Pro
Release 3GPP	3GPP Release 10, 11, 12	3GPP Release 13 and beyond
Ancho de banda total	100 MHz en total, 5 portadoras de 20MHz cada una	640 MHz en total, 32 portadoras de 20MHz cada una
Velocidad de descarga	1Gbps	Más de 3 Gbps
Latencia	10 ms	Menos de 2ms

Fuente: rwireless-world.com (Última Visita: 9/12/2018)

³⁷ Ver: <http://www.5gamericas.org/es/resources/technOLOgy-education/lte-advanced/> (Última Visita: 30/01/2020).

³⁸ Ver: <https://www.3gpp.org/technOLOGies/keywords-acronyms/97-lte-advanced> (Última Visita: 30/01/2020).

³⁹ Ver: <http://www.claro.com.pe/personas/movil/gigared/> (Última Visita: 30/01/2020).

95. Así, precisamente dadas las ventajas que posee, la tecnología LTE Advanced, es cada vez más popular. De acuerdo con un reciente reporte de GSA, a nivel mundial se han lanzado 750 redes LTE (incluyendo LTE-Advanced) en 223 países, de las cuales 302 son redes LTE-Advanced correspondientes a 134 países.⁴⁰

Gráfico N° 8: Países con redes LTE-Advanced desarrolladas/lanzadas



Fuente: GSA. Evolution from LTE to 5G: Global Market Status. Mayo 2019

96. En el caso del Perú, tres de los cuatro operadores con red ofrecen actualmente servicios LTE Advanced, inclusive uno de estos señala que ofrece la versión Pro de esta tecnología. De acuerdo a lo informado por las empresas operadoras, AMÉRICA MÓVIL fue el primer operador en tener disponible su red 4.5G, según señala el propio operador, a partir del 20 de noviembre de 2017, aunque también señala que fue recién el 14 de junio de 2018 que registró en el SIRT las características del servicio 4.5G. Cabe destacar que AMÉRICA MÓVIL llama a esta tecnología "Gigared 4.5G".
97. Luego, de acuerdo a lo señalado por Entel, dicho operador tiene su red 4.5G disponible para sus usuarios desde el 24 de enero de 2018, aunque se observa que venía realizando pruebas desde el mes de julio de 2016⁴¹. Entel promociona esta tecnología como "Internet Power 4.5G". De otro lado, TELEFÓNICA ha sido el último operador en activar su red 4.5G, desde el 13 de junio de 2018.

⁴⁰ GSA. Evolution from LTE to 5G: Global Market Status. Mayo 2019. Disponible en <https://gsacom.com/> (Última visita: 30/01/2020).

⁴¹ Entel activó señal en LTE Advanced- Carrier Aggregation (4G+). Ver: <http://www.entel.pe/noticias/entel-activo-senal-en-lte-advanced-carrier-aggregation-4g/> (Última Visita: 30/01/2020).

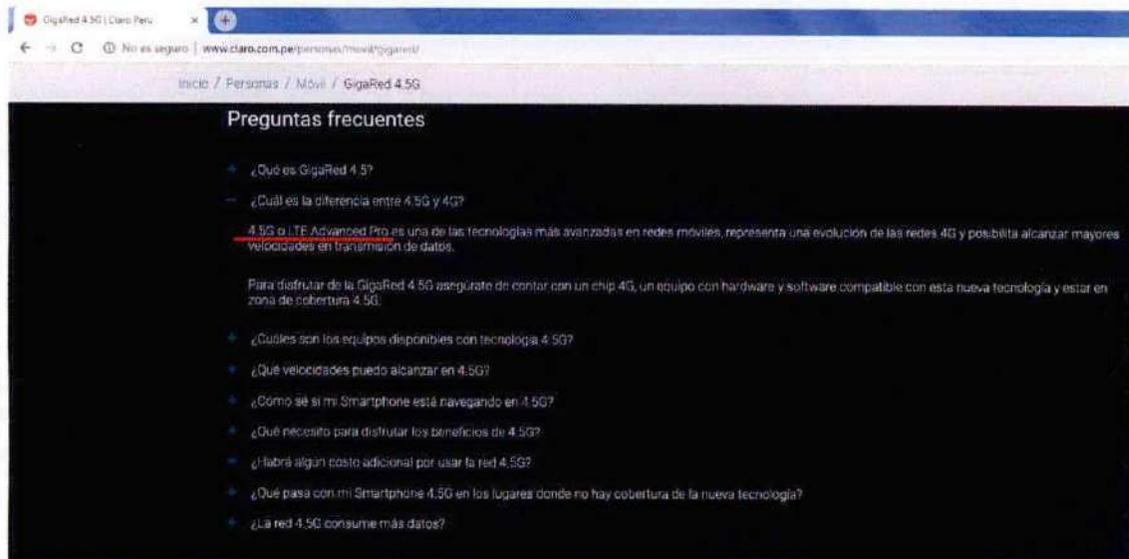
Gráfico N° 9: Inicio de disponibilidad de redes 4.5G en el Perú



Elaboración: STCCO

98. Cabe destacar que en su página web AMÉRICA MÓVIL señala expresamente que su servicio Gigared 4.5G se brinda a través de la tecnología LTE Advanced Pro, es decir, se trataría de una implementación de LTE con un release 13 o superior, lo cual le daría más ventajas en términos de velocidad, y con la posibilidad de agregar más espectro.

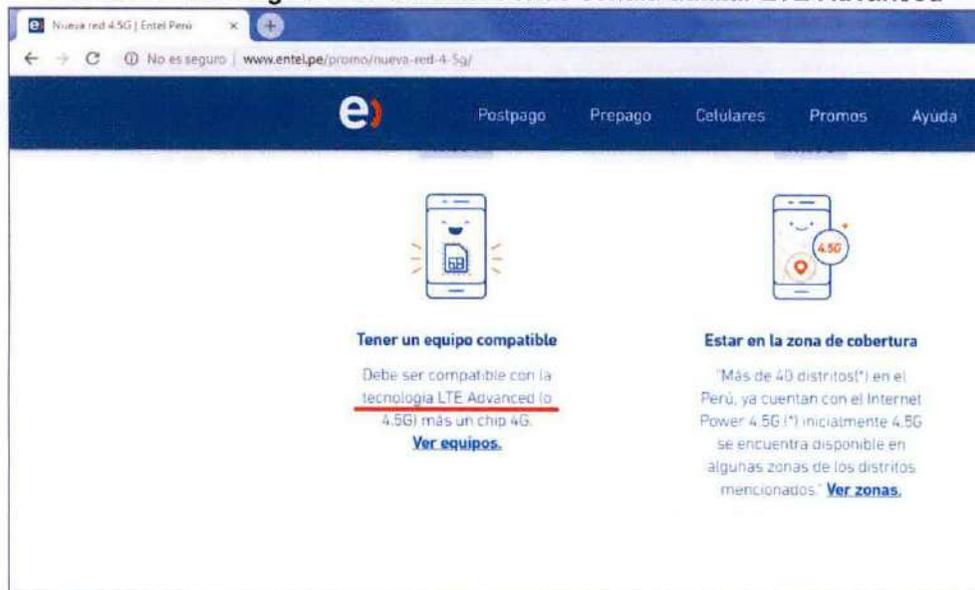
Gráfico N° 10: Página web de AMÉRICA MÓVIL donde señala utilizar LTE Advanced Pro



Fuente: Página web de América Móvil: <http://www.claro.com.pe/personas/movil/gigared/> (Última Visita: 30/01/2020)

99. De otro lado, en su página web Entel señala utilizar la tecnología LTE Advanced, en tanto que a esta STCCO le ha indicado que su red 4.5G efectivamente usa *carrier aggregation*.

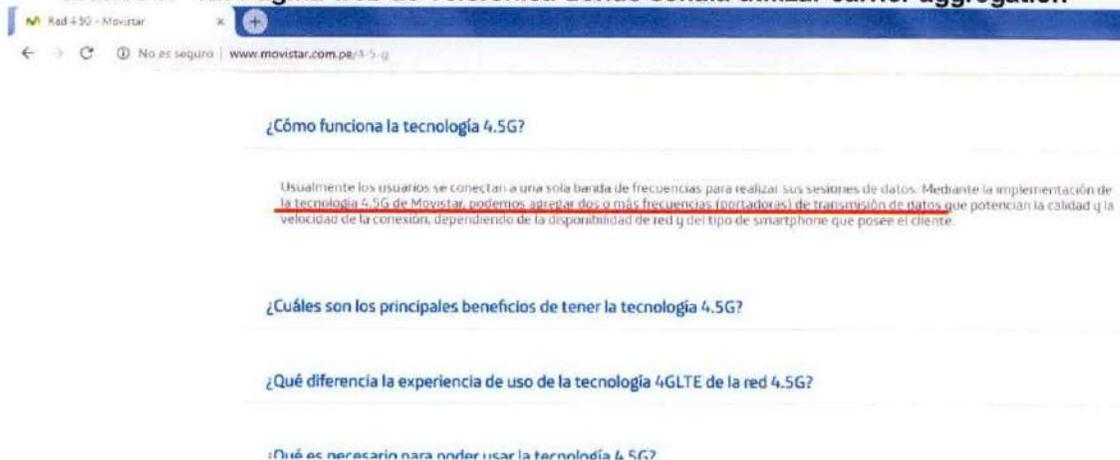
Gráfico N° 11: Página web de Entel donde señala utilizar LTE Advanced



Fuente: Página web de Entel: <http://www.entel.pe/promo/nueva-red-4-5g/> (Última Visita: 30/01/2020)

100. En el caso de TELEFÓNICA, la empresa señala en su página web que su servicio 4.5G se basa en la agregación de portadoras, o *carrier aggregation*. Cabe destacar que en un comunicado de prensa difundido el 12 de junio de 2018, TELEFÓNICA señala expresamente que la agregación de portadoras la realiza con las bandas AWS y 700 MHz.⁴²

Gráfico N° 12: Página web de Telefónica donde señala utilizar carrier aggregation



Fuente: Página web de Telefónica: <http://www.movistar.com.pe/4-5-g> (Última Visita: 30/01/2020)

⁴² Tecnología 4.5G de Movistar ya está disponible en Lima y en algunas regiones del interior. Ver: <https://saladeprensa.telefonica.com.pe/tecnologia-4-5g-de-movistar-ya-esta-disponible-en-lima-y-en-algunas-regiones-del-interior/>

V. APLICACIÓN AL CASO EN CONCRETO

5.1. La imputación de cargos por actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general

101. La STCCO imputó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general, tipificada en el artículo 6° de la LRCD. Según la STCCO, la infracción a la cláusula general está relacionada a una estrategia comercial contraria a la buena fe empresarial, cuyo objeto ha sido afectar negativamente el proceso competitivo en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.
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.
103. Al respecto, la STCCO refirió que AMÉRICA MÓVIL había demostrado tener un especial interés en el uso de la Banda 2.6 del espectro radioeléctrico, lo que habría conllevado a la adquisición de operadores que se encuentran habilitados por el MTC para utilizar dicha banda, suscribiendo, posteriormente, un acuerdo de comercialización con la finalidad de validar el uso de dicho espectro, omitiendo, así, el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, que exigen la obtención de una autorización previa para utilizar dicho recurso.
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.
105. Así, la imputación no cuestiona la adquisición de empresas y la posterior suscripción de contratos de comercialización, por sí mismas. Lo que la STCCO imputó es haber diseñado una estrategia utilizando ambos mecanismos para eludir las restricciones establecidas en la normativa de telecomunicaciones.
106. De esta manera, corresponde al CCP apreciar si AMÉRICA MÓVIL se valió de sus empresas vinculadas TVS y OLO, concesionarias y titulares de porciones del espectro en la Banda 2.6 GHz, para obtener un beneficio ilícito producto de la vulneración de las directrices de la buena fe empresarial que contiene el TUO de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento.
107. A efectos de acreditar que la conducta desplegada por AMÉRICA MÓVIL a través de sus empresas vinculadas ha sido contraria a la cláusula general, debe apreciarse si se ha producido una mejora en la posición competitiva de la infractora en perjuicio de sus competidores, a través de la realización de mecanismos que distorsionan u obstruyen el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

5.1.1. La búsqueda por ampliar el espectro y las adquisiciones empresariales de AMÉRICA MÓVIL

108. En el año 2013, AMÉRICA MÓVIL tenía asignaciones de espectro en las bandas 824-849-MHz y 869-894 MHz, 1850-1910 MHz y 1930-1990 MHz⁴³. En el siguiente cuadro se aprecia con más claridad la referida situación:

➔ 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		

109. En este contexto, dicha empresa exploró la posibilidad de ampliar el espectro que tenía asignado de diversas maneras.
110. Así, en el año 2013, AMÉRICA MÓVIL participó en la licitación pública para la adjudicación de las bandas 1710-1770 MHz del espectro radioeléctrico. Dichas bandas fueron destinadas para la prestación del servicio de internet móvil, mediante la modalidad 4G. Sin embargo, Proinversión no adjudicó las referidas bandas a AMÉRICA MÓVIL.
111. Posteriormente, AMÉRICA MÓVIL inició negociaciones con TELEFÓNICA para que dicha empresa le transfiera cierta porción de espectro radioeléctrico. De esta manera, el 14 de octubre de 2014, AMÉRICA MÓVIL y TELEFÓNICA suscribieron el contrato denominado *"Transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, cesión de obligaciones y compromisos de coubicación y capacidad"*. A través del referido contrato, AMERICA MÓVIL adquiriría 10 MHz de espectro radioeléctrico en la banda AWS.
112. Para que pueda utilizar dicha banda, AMÉRICA MÓVIL requería solicitar la aprobación previa de la transferencia de espectro señalado al MTC, en virtud del artículo 117° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. De este modo, en octubre de 2014, AMÉRICA MÓVIL y TELEFÓNICA solicitaron la aprobación previa del MTC, referida a la transferencia parcial de 10 MHz de espectro radioeléctrico en las bandas 1725-1730 MHz y 2125-2130. Sin embargo, dicha solicitud de transferencia de espectro fue denegada por el MTC en diciembre de 2015⁴⁴.

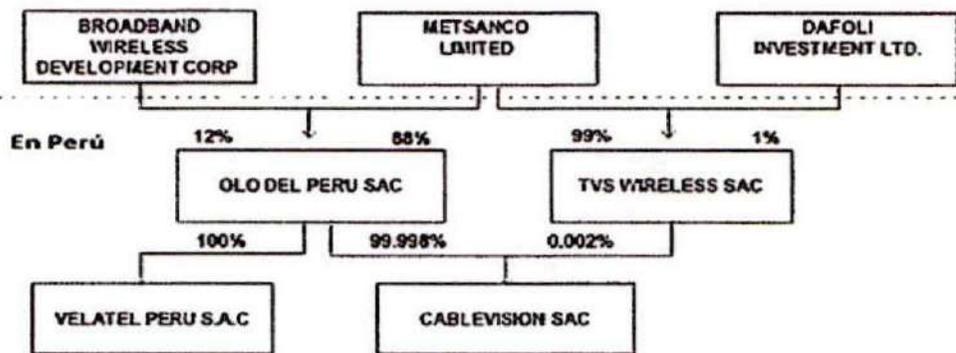
⁴³ Las referidas porciones de espectro fueron asignadas por el MTC a favor de AMÉRICA MÓVIL mediante las siguientes resoluciones: Resolución Ministerial N° 436-2008-MTC/03, de 24 de julio de 2008; Resolución Ministerial N° 518-2007-MTC/03, de 13 de setiembre de 2007; Resolución Directoral N° 072-2007-MTC/27, de 20 de setiembre de 2007; Resolución Viceministerial N° 167-2000-MTC/15.03, de 5 de mayo de 2000.

⁴⁴ Según el escrito de descargos de AMÉRICA MÓVIL (pie de página 17), el Ministro del 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.

113. En febrero de 2015, AMÉRICA MÓVIL, inició negociaciones con Metsanco Limited, Broaband Wireless Development Corp, Dafoli Investment Ltd, Lynwood Gree Limited e Investment Construction TecnOLOgy (ICT) Group Ltd, con la finalidad de adquirir las empresas OLO y TVS Wireless⁴⁵.
114. Las empresas Metsanco Limited, Broaband Wireless Development Corp, Dafoli Investment Ltd, Lynwood Gree Limited e Investment Construction TecnOLOgy (ICT) Group Ltd tenían el 100 % de las acciones de las empresas OLO y TVS Wireless. La distribución de las acciones entre las referidas empresas, así como la estructura que comprende a cada compañía con sus empresas subsidiarias, se muestra en el siguiente cuadro:

Multinet Group

En el exterior



Fuente: escrito de 22 de julio de 2019, presentado por AMÉRICA MÓVIL

115. La empresa OLO tenía asignada la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico, para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Dicha asignación, realizada por el MTC, se concretó a través de la Resolución Directoral N° 039-2010-MTC/27, de 19 de enero de 2010. La empresa OLO, además, tenía la propiedad de las empresas Velatel Perú S.A.C. y Cablevisión, las cuales también tenían el derecho de usar la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico.
116. La empresa TVS, por su lado, tenía también el derecho de utilizar la banda 2.6 del espectro radioeléctrico. Dicha asignación de espectro se efectuó a través de la Resolución Directoral N° 512-2010-MTC/27.
117. Asimismo, AMÉRICA MÓVIL participó en la licitación pública del bloque B de la Banda 700 MHz del espectro radioeléctrico. Así, en mayo de 2016, Proinversión le adjudicó el bloque B de la banda referida.

⁴⁵ Dicha información se aprecia en los correos electrónicos ubicados en los folios 1656 a 1664 del Cuaderno Confidencial de AMÉRICA MÓVIL.

118. Paralelamente, el 8 de mayo de 2016, 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 suscribieron el Contrato de Venta del 100 % de acciones de las empresas OLO y TVS Wireless. De esta manera, AMÉRICA MÓVIL adquirió la propiedad de las empresas OLO y TVS Wireless, que tenían el derecho de uso de la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico, para prestar servicios públicos de telecomunicaciones.
119. Al poco tiempo de la referida adquisición empresarial, el 19 de octubre de 2016, AMÉRICA MÓVIL y sus empresas vinculadas, OLO, TVS y Cablevisión, suscribieron el contrato denominado "Contrato de Comercialización de Servicio". A través de dicho contrato, las empresas referidas establecieron una relación de comercialización por la que AMÉRICA MÓVIL se constituyó como comercializador de los servicios de portador local y de conmutación de paquetes por datos que prestan los concesionarios.
120. Como puede apreciarse, en el año 2016, AMÉRICA MÓVIL, como grupo económico, incrementó considerablemente la cantidad de espectro que tenía asignada.
121. Por un lado, AMÉRICA MÓVIL individualmente adquirió la autorización para utilizar el bloque B de la Banda 700 MHz del espectro radioeléctrico. Por otro lado, dicha empresa adquirió el 100 % de las acciones de las empresas OLO y TVS Wireless, que tenían autorizaciones para utilizar la banda 2.6 del espectro radioeléctrico y que, a la vez, tenían la propiedad de empresas que tenían autorizaciones para utilizar dicha banda.
122. De esta manera, se aprecia claramente que una circunstancia determinante que orientó la decisión de AMÉRICA MÓVIL de adquirir las empresas OLO y TVS está asociada a la posibilidad de utilizar su espectro radioeléctrico.
123. Desde el año 2013, AMÉRICA MÓVIL exploró diversas maneras de acceder al espectro radioeléctrico. Sin embargo, varios intentos de acceder a determinadas porciones del espectro no tuvieron resultado. Así, AMÉRICA MÓVIL no ganó la adjudicación de las bandas 170-1770 MHz del espectro radioeléctrico; tampoco fueron favorables las negociaciones emprendidas con TELEFÓNICA.
124. Ante dicha situación, AMÉRICA MÓVIL optó por adquirir empresas con espectro asignado, y, paralelamente, participó en la licitación pública del bloque B de la Banda 700 MHz del espectro radioeléctrico; en aquella ocasión consiguió la licitación.
125. AMÉRICA MÓVIL, asimismo, ha declarado en su escrito de descargos que, debido a la falta de espectro, decidió adquirir el 100 % de las acciones de OLO y TVS, las que contaban con asignaciones de espectro en la banda 2.6 GHz. Textualmente, indicó lo siguiente:

"122. Así, a diferencia de sus competidores, CLARO no contaba con espectro en la Banda AWS (banda de capacidad más utilizada en Latinoamérica para la prestación de estos servicios, dada la mayor importancia y cobertura), como tampoco contaba con espectro radioeléctrico en la banda 2.3. A dicha fecha, CLARO tampoco contaba con espectro en la Banda 2.6 GHz, que permite alcanzar mejores velocidades de transmisión de datos. Usada en combinación con bandas de menor capacidad, la sinergia creada entre ambas alcanza 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.

123. Es en este contexto de falta de espectro suficiente para poder prestar sus servicios que, en mayo de 2016, **CLARO decide adquirir de METSANCO el 100% de las acciones representativas del capital social de OLO y TVS, empresas vinculadas que contaban con asignaciones de espectro radioeléctrico en la banda 2.6 GHz.** (Énfasis agregado).

126. Sin embargo, la adquisición de las empresas referidas no otorgaban la posibilidad de que AMÉRICA gestione o administre el espectro asignado de sus empresas vinculadas. Para realizar dicha acción, AMÉRICA MÓVIL debía solicitar la aprobación previa del MTC, debido a que las concesiones, y asignaciones de espectro relativas a aquellas, son intransferibles salvo aprobación previa y expresa del MTC.
127. AMÉRICA MÓVIL tenía pleno conocimiento de la exigencia de contar con una autorización previa para utilizar o explotar el espectro radioeléctrico al tratarse de una empresa con amplia experiencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, tal es así que presentó ante el MTC solicitudes de transferencia de espectro. Para mayor claridad, a continuación se reseña las cuestiones relevantes de las solicitudes referidas.

5.1.1.1. Solicitudes de transferencia de espectro ante el MTC

128. En primer lugar, AMÉRICA MÓVIL decidió transferir el espectro asignado a Velatel y Cablevisión a favor de las empresas OLO y TVS, respectivamente. Además, OLO solicitó la transferencia de una concesión y el respectivo espectro de una empresa.
129. En efecto, OLO solicitó la transferencia de la concesión y espectro asociado de TC Siglo 21 S.A.A. al MTC. En el procedimiento de la solicitud, el MTC requirió la opinión del OSIPTEL y, en ese sentido, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia de OSIPTEL (en adelante, la GPRC) opinó que el MTC no debía aprobar la solicitud referida. Sin embargo, mediante Resolución Viceministerial N° 1345-2017-MTC/03, de 14 de diciembre de 2017, el MTC aprobó dicha transferencia, por aplicación del silencio administrativo positivo.
130. En atención a ello, el 22 de diciembre de 2017, el MTC y OLO incorporaron una adenda al contrato de concesión de OLO, añadiendo los derechos transferidos a través de la Resolución Viceministerial N° 1345-2017-MTC/03. Asimismo, en dicha adenda, OLO se comprometió a no transferir el espectro radio eléctrico asignado, por el plazo de tres (3) años contados desde la suscripción de la referida adenda.
131. OLO, asimismo, solicitó la transferencia de la concesión y espectro asociado de Velatel al MTC. En el procedimiento de la solicitud, el MTC requirió la opinión del OSIPTEL y, en ese sentido, la GPRC del OSIPTEL opinó que el MTC no debía aprobar la solicitud referida. Sin embargo, mediante Resolución Viceministerial N° 1344-2017-MTC/03, de 14 de diciembre de 2017, el MTC aprobó dicha transferencia, por aplicación del silencio administrativo positivo.
132. Por tal motivo, el 22 de diciembre de 2017, el MTC y OLO incorporaron una adenda al contrato de concesión de OLO, añadiendo los derechos transferidos a través de la Resolución Viceministerial N° 1344-2017-MTC/03. Además, en dicha adenda, OLO se comprometió a no transferir el espectro radio eléctrico asignado, por el plazo de tres (3) años contados desde la suscripción de la referida adenda.

133. TVS, por su parte, solicitó la transferencia de la concesión y espectro asociado de Cablevisión, al MTC. En el procedimiento de la solicitud, el MTC requirió la opinión del OSIPTEL y, en ese sentido, la GPRC del OSIPTEL opinó que el MTC no debía aprobar la solicitud referida. Sin embargo, mediante Resolución Viceministerial N° 1346-2017-MTC/03, de 14 de diciembre de 2017, el MTC aprobó dicha transferencia, por aplicación del silencio administrativo positivo⁴⁶.
134. En virtud de ello, el 22 de diciembre de 2017, el MTC y TVS incorporaron una adenda al contrato de concesión de TVS, añadiendo los derechos transferidos a través de la Resolución Viceministerial N° 1346-2017-MTC/03. Además, en dicha adenda, TVS se comprometió a no transferir el espectro radioeléctrico asignado, por el plazo de tres (3) años contados desde la suscripción de la referida adenda.
135. Después de las transferencias, en general, el grupo AMÉRICA MÓVIL concentró una mayor cantidad de espectro en las bandas altas y, en particular, OLO y TVS acumularon una mayor cantidad de espectro radioeléctrico en la banda 2.6.
136. Ahora bien, aun así, AMÉRICA MÓVIL no podía utilizar el espectro radioeléctrico de sus empresas vinculadas, pues, como se refirió, para ello requería la aprobación de la transferencia previa y expresa del MTC, a través de una resolución viceministerial.
137. Además, las adendas de los contratos de Concesión de OLO y TVS incorporaron una restricción contractual, por la cual ambas empresas, respectivamente, se comprometieron a no transferir, bajo ninguna modalidad, el espectro radioeléctrico asignado, por el plazo de tres (3) años, contados desde la suscripción de la adenda. Por ejemplo, la cláusula tercera de la adenda del contrato de concesión de TVS señala lo siguiente:

“Tercera.- ALCANCES DE LA CESIÓN

3. LA CONCESIONARIA se compromete a no transferir bajo modalidad alguna, durante el plazo mínimo de tres años desde la suscripción de la adenda, el espectro radioeléctrico que le será asignado como consecuencia de la aprobación de la solicitud de transferencia.⁴⁷

138. A pesar de la situación referida, el 18 mayo de 2018, AMÉRICA MÓVIL solicitó ante el MTC la transferencia de las concesiones, las asignaciones de espectro radioeléctrico, autorizaciones, permisos, licencias, etc., atribuidas a TVS y OLO⁴⁸.

⁴⁶ Cabe señalar que TVS Wireless solicitó previamente la transferencia de diez (10) canales de la Banda 2.6 MHz, asignados a la empresa TC SIGLO 21. Así, el 22 de junio de 2016, mediante Resolución Viceministerial N° 959-2016-MTC, el MTC aprobó dicha transferencia. La respectiva adenda del contrato de Concesión de TVS Wireless fue suscrita el 9 de setiembre de 2016. En dicha adenda, TVS Wireless se comprometió a no transferir el espectro radio eléctrico asignado, por el plazo de cinco (5) años contados desde la suscripción de referida adenda.

⁴⁷ La adenda del contrato de TVS Wireless se encuentra en el siguiente enlace: https://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/principales_contratos/TVS%20WIRELESS/10%20ADENDA.pdf (visitado el 30/01/2019).

⁴⁸ La referida solicitud de transferencia fue tramitada bajo dos expedientes; de modo que las concesiones de cada empresa fueron tratadas individualmente. Por un lado, para la transferencia de las concesiones y espectro asociado de TVS Wireless, se formó el expediente N° T 137372-2018, de fecha 18 de mayo de 2018; de otro lado, para la transferencia de las concesiones y espectro asociado de OLO, se formó el expediente N° T 137373-2018, de fecha 18 de mayo de 2018.

139. El Viceministro de Comunicaciones denegó las solicitudes de transferencias referidas⁴⁹. Las razones que fundamentaron dicha decisión, principalmente, fueron las siguientes:

(i) Las transferencias vulneran al artículo 6° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y, a la vez, el artículo 117° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

- El artículo 6° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones indica que *“el Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.”*
- El artículo 117° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece que las concesiones y las asignaciones de espectro relativas a aquéllas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del MTC. La transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada. Una de las causas que justifican la denegatoria de la transferencia corresponde a la vulneración del artículo 6° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
- Mediante el Informe N° 00134-GPRC/2018, de 1 de junio de 2018, y en base a opiniones previas, el OSIPTEL no recomendó aprobar las solicitudes de transferencia, puesto que consolidaría el acaparamiento de espectro de AMÉRICA MÓVIL, de un manera más directa, ocasionando un perjuicio sobre mercados finales, especialmente, en el mercado de internet móvil de alta velocidad provisto mediante tecnología LTE⁵⁰.
- En el mismo sentido, a través del Informe N° 247-2018, de 28 de mayo de 2018, la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del MTC opinó que la concentración de espectro radioeléctrico disponible en Lima y Callao en un solo operador ocasionaría consecuencias negativas al despliegue de servicios de telecomunicaciones. Además, asignar 138 MHz de la banda 2.6 del espectro a un solo operador limitará a los demás operadores, constituyendo una barrera estratégica en el mercado de los servicios móviles. Finalmente, dicha asignación de espectro no se ajusta a la experiencia internacional; a nivel mundial, en las redes de servicios móviles LTE en la banda 2.6 GHz utilizan, como máximo, asignaciones de 60 o 70 Mhz.

⁴⁹ Mediante Resolución Viceministerial N° 609-2018-MTC/03, de fecha 2 de julio de 2018, emitida en el Expediente N° T 137372-2018, el Viceministerio de Comunicaciones, denegó la solicitud de transferencia de las Concesiones de TVS Wireless a favor de AMÉRICA MÓVIL. Asimismo, por Resolución Viceministerial N° 610-2018-MTC/03, de fecha 2 de julio de 2018, expedida en el Expediente N° T 137373-2018, el Viceministerio de Comunicaciones, denegó la solicitud de transferencia de las Concesiones de OLO a favor de AMÉRICA MÓVIL.

⁵⁰ La GPRC del OSIPTEL analizó el efecto de las transferencias de espectro radioeléctrico del grupo AMÉRICA MÓVIL en el marco de los requerimientos de opinión del MTC, determinando que dicha transferencia sería contraria al artículo 6 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, entre otros aspectos, debido al acaparamiento del espectro radioeléctrico en bandas altas.

- El Viceministro de Comunicaciones acogió los argumentos referidos y, en consecuencia, como se refirió, denegó la solicitud de transferencia de espectro.
- (ii) El artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1310 no es aplicable a las solicitudes de transferencia de concesiones y espectro**

- Las empresas solicitantes instaron la aplicación del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1310; en particular, el artículo 6.1 de dicha norma que señala que *"en los casos de fusión de sociedades, todos los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones de titularidad de las sociedades que se extinguen se entienden transferidos de pleno derecho a la sociedad absorbente o incorporante. Ninguna entidad pública puede desconocer los derechos adquiridos por las sociedades absorbentes o incorporantes como consecuencia de la fusión. Esta disposición no aplica para los casos vinculados a recursos hidrobiológicos."*
- La normativa de telecomunicaciones distingue claramente los distintos títulos habilitantes relacionados a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, diferenciando la concesión, autorización, licencia y permiso.
- Así pues, se establece una definición específica para la concesión administrativa y la asignación de espectro radioeléctrica. En ese sentido, el artículo 6° del Decreto Legislativo no incluye a las concesiones y asignación de espectro asociado; por el contrario, se refiere exclusivamente al reconocimiento de certificados, permisos, licencias, y autorizaciones. Por lo tanto, dicha norma no es aplicable a las solicitudes de transferencia.

(iii) Las restricciones temporales pactadas en la adendas son válidas y eficaces

- Las restricciones temporales se sustentan en la asignación eficiente del espectro radioeléctrico, para, de esa manera, promover la competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.
- Las obligaciones derivadas de las adendas fueron asumidas voluntariamente por TVS y OLO. En ese sentido, el artículo 1361° del Código Civil precisa que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, por lo que las adendas deben respetarse al ser parte de los contratos de concesión.
- TVS, OLO y AMÉRICA MÓVIL tuvieron pleno conocimiento sobre el hecho de que las transferencias de las concesiones únicas y el espectro asociado requieren de la aprobación previa del MTC.
- Si las restricciones establecidas en las adendas se incumplen, se vulneraría el principio *pacta sunt servanda*, contenido en el artículo 1361° del Código Civil.

- Aunque existió una modificación de la canalización de la banda 2.6 MHz, tal situación no invalidó las restricciones temporales, debido a que en las adendas y en el marco normativo se previó que las concesionarias con asignaciones en la canalización anterior podían seguir operando hasta el vencimiento de sus respectivos títulos.
140. A través de los hechos descritos, se muestran las acciones que ejecutó AMÉRICA MÓVIL, con la finalidad de obtener las autorizaciones para utilizar la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico. Primero, emprendió el procedimiento para que sus empresas vinculadas, OLO y TVS, concentren el espectro de Velatel, Cablevisión y TC Siglo. Dicho procedimiento concluyó con una decisión favorable, aunque por aplicación del silencio administrativo positivo. Posteriormente, AMÉRICA MÓVIL solicitó la transferencia, para sí, del espectro asignado a OLO y TVS en la banda 2.6 GHz. No obstante, el MTC denegó la transferencia, en base a razones relacionadas a los posibles perjuicios a la competencia en el mercado de servicios móviles y a la aplicación de las restricciones establecidas en las adendas de los contratos de concesión de OLO y TVS. De esta manera, el MTC no otorgó la autorización a AMÉRICA MÓVIL para utilizar la banda 2.6 GHz. del espectro radioeléctrico.
141. En tal sentido, de lo expuesto, es posible extraer conclusiones relevantes relacionadas con la imputación de cargos contra AMÉRICA MÓVIL, consistente en haber infringido la cláusula general de la LRCD.
142. Así, se encuentra acreditado que AMÉRICA MÓVIL adquirió las empresas OLO y TVS, las cuales contaban con el derecho de usar la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico. Precisamente, la adquisición de tales empresas y los contratos suscritos con las mismas permitió a AMÉRICA MOVIL 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.
143. Asimismo, las acciones de AMÉRICA MÓVIL, relacionadas a las solicitudes de transferencia, acredita que dicha empresa tenía pleno conocimiento de las restricciones sectoriales respecto al uso de determinadas porciones del espectro radioeléctrico.
144. Al respecto, de los artículos 117° y 204° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, se desprende la siguiente restricción de manera concreta: en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones, el uso del espectro radioeléctrico requiere una autorización previa y expresa del MTC.
145. Dichas restricciones sectoriales se encuentran relacionadas con la segunda parte de la imputación por haber transgredido presuntamente la cláusula general de la LRCD: suscribir contratos de comercialización de tráfico y/o servicios para legitimar o validar un uso ilícito del espectro radioeléctrico, contrario a la regulación sectorial de telecomunicaciones.
146. En virtud de las consideraciones expuestas, a continuación, se evaluará la segunda parte de la imputación referida a la vulneración de la cláusula general de LRCD.

5.1.2. El acuerdo de comercialización suscrito por AMÉRICA MÓVIL, OLO y TVS para "legitimar un uso ilícito del espectro radioeléctrico"

147. Antes de analizar los hechos materia de imputación, es pertinente señalar las premisas normativas relevantes respecto a los acuerdos de comercialización.
148. En el momento de la suscripción de los acuerdos de comercialización por AMÉRICA MÓVIL y sus empresas vinculadas, el artículo 138° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señalaba lo siguiente, respecto a los contratos de comercialización o reventa:

TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 139.- Comercialización o reventa

1. Se entiende por comercialización o reventa a la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica 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). (...)⁵¹

149. Asimismo, la Norma que establece los requisitos, procedimientos y demás aspectos vinculados a la inscripción en el Registro de Comercializadores, aprobada por Resolución Ministerial N° 110-2000-MTC-15.03, define los servicios de la comercialización de servicios y/o tráfico 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."

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

⁵¹ El artículo referido fue modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 033-2019-MTC, publicado el 08 de diciembre de 2019. El concepto de comercialización o reventa se entiende como la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compre tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros a un precio al por menor.

152. En tal sentido, los acuerdos de comercialización no constituyan (ni constituyen) instrumentos que autoricen a un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones para utilizar determinadas porciones del espectro⁵².
153. Sobre el caso concreto, el 19 de octubre de 2016, OLO, Cablevisión, TVS (los concesionarios) y AMÉRICA MÓVIL suscribieron un contrato de comercialización de servicio.
154. A través de dicho contrato, las partes acordaron establecer una relación de comercialización por la que AMÉRICA MÓVIL se constituyó como comercializador de los servicios de portador local y de conmutación de paquetes por datos que prestan los concesionarios, mediante las bandas de espectro que tienen asignadas. La cláusula tercera del contrato de comercialización señala lo siguiente, al respecto:

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.

155. Las cláusulas 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 y 2.5 indican que las concesionarias tienen asignado porciones del espectro radioeléctrico en la banda 2.6.
156. Por su lado, la cláusula tercera señala, además, que los concesionarios deben permitir a AMÉRICA MÓVIL utilizar y prestar el servicio convenido, con la finalidad de que lo comercialice a sus clientes finales en el mercado minorista. El servicio convenido es

⁵² Al respecto, la STCCO solicitó la opinión del MTC, mediante el Oficio N° 339-STCCO/2018. Entre otros aspectos, la STCCO consultó si la aprobación de acuerdos de comercialización podrían constituir autorizaciones o habilitaciones otorgadas a operadoras. A por el MTC, para la transferencia de titularidad o transferencia del uso del espectro radioeléctrico entre empresas a través del Oficio N° 22655-2018-MTC/27, de 14 de noviembre de 2018, el MTC respondió en el mismo sentido refirió lo siguiente:

"3. (...), cualquier operador de servicios públicos de telecomunicaciones que haya suscrito algún Acuerdo 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.

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." (Subrayado agregado).

descrito en el Anexo 2 del referido contrato. Dicho servicio comprende la oferta mayorista del servicio portador y de conmutación de datos por paquetes, el cual debe permitir al cliente final acceder vía inalámbrica a servicios de internet, portador, entre otros, que brinde AMÉRICA MÓVIL. El anexo especifica que el servicio referido se prestará mediante el espectro radioeléctrico asignado a los concesionarios. Textualmente, el anexo señalado consigna lo siguiente:

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.

157. Los términos de las cláusulas referidas están relacionados con la comercialización de servicios públicos de telecomunicaciones, tales como el servicio de internet, portador. Dichas cláusulas indican que AMÉRICA MÓVIL compra servicios al por mayor, a fin de ofertarlos a clientes a un precio al por menor.
158. De la revisión del contrato, no se aprecia alguna cláusula que involucre la transferencia, o cesión de uso total o parcial del espectro radioeléctrico asignado a las empresas vinculadas de AMÉRICA MÓVIL.
159. Sin embargo, en el Informe N° 018-STCCO/2018, la STCCO identificó indicios de que AMÉRICA MÓVIL estaba utilizando la banda 2.6 GHz, para brindar servicios móviles (4G y 4G+). La STCCO, asimismo, indicó que, para prestar dichos servicios, AMÉRICA MÓVIL se valía del acuerdo de comercialización referido.
160. En efecto, la STCCO revisó diversos informes emitidos por la GPRC del OSIPTEL. Dichos informes se emitieron en los procedimientos de transferencia de espectro referidos en las secciones anteriores.
161. Así, la GPRC emitió el informe N° 00166-GPRC/2017, de 21 de setiembre de 2017. Dicho informe contiene la opinión de la GPRC respecto de la solicitud de transferencia de concesión única y espectro de Velatel a favor de OLO, y de la solicitud de transferencia de concesión y espectro de Cablevisión a favor de TVS. Como se refirió, la GPRC no recomendó aprobar las transferencias solicitadas, debido a los efectos negativos que ocasionarían en el mercado de servicios móviles.

162. Asimismo, en dicho informe, la GPRC identificó que AMÉRICA MÓVIL brindaba servicios móviles (4G y 4G+) a sus usuarios finales, usando la banda 2.6 del espectro asignada TVS y Cablevisión. Textualmente, dicho órgano señaló lo siguiente:

57. El acaparamiento no es el único problema en esta banda, pues el desorden también está presente. En particular, se ha observado que las mismas empresas operadoras han tratado de combinar sus asignaciones para tratar de aproximarse a las configuraciones armonizadas (principalmente Banda 7). No obstante, todos estos acuerdos y modos de trabajo colaborativo se han venido dando entre las empresas vinculadas al grupo América Móvil. En ese sentido, Entel ha quedado excluido de estos acuerdos (Ver Anexo E).

58. 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 de 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). Al respecto, no queda clara la figura legal bajo la cual Claro ofrece sus servicios móviles usando el espectro radioeléctrico de operadores como TVS Wireless y Cablevisión; y sobre todo si dicho esquema de aparente "uso compartido" de espectro ha sido comunicado oportunamente al MTC.

59. A partir de ello, se advierte que el Grupo Claro concentra el 100% de la banda de 2.6 GHz en FDD en Lima y Callao. Asimismo, ningún otro grupo económico puede acceder a esta banda en Lima y Callao, pues la totalidad del espectro se encuentra asignada.

163. El 26 de setiembre de 2017, la GPRC emitió el informe N° 00168-GPRC/2017, el cual contiene su opinión respecto de la solicitud de transferencia de concesión y espectro de la empresa TC Siglo 21 a favor de OLO. La GPRC tampoco recomendó aprobar la solicitud de transferencia, debido a los perjuicios a la competencia en los mercados de servicios móviles.

164. En dicho informe, también, la GPRC identificó que AMÉRICA MÓVIL brindaba servicios móviles (4G y 4G+) a sus usuarios finales, usando la banda 2.6 del espectro asignada a TVS y Cablevisión, como puede apreciarse a continuación:

63. Como se indicó en anteriores informes, se ha evidenciado la operación conjunta y colaborativa entre las empresas pertenecientes al grupo América Móvil en las provincias de Lima y Callao. 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 de 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.

64. Al respecto, no queda clara la figura legal bajo la cual Claro ofrece sus servicios móviles usando el espectro radioeléctrico de operadores como TVS Wireless y Cablevisión; y sobre todo si dicho esquema de aparente "uso compartido" de espectro ha sido comunicado oportunamente al MTC. No obstante, de las conversaciones sostenidas con el operador Olo, se informó a este organismo regulador que existen determinados acuerdos denominados "Contrato de Servicios de Uso de Infraestructura" o "Comercialización de Tráfico", que han permitido que determinados concesionarios de la banda de 2.6 GHz hayan venido empleando de manera compartido y/o conjunta ya sea infraestructura y/o espectro.

165. En este sentido, se presentaron indicios razonables de que AMÉRICA MÓVIL celebró acuerdos de comercialización que encubrían un uso ilícito del espectro radioeléctrico a través de una figura legal que buscaba dar una apariencia de comercialización de tráfico y servicios convencional – y que no hacía mención a la utilización del espectro de titularidad de sus vinculadas que venía realizando – para eludir las restricciones establecidas en la normativa de telecomunicaciones.

166. Al respecto, en su escrito de descargos, AMÉRICA MÓVIL indicó que la imputación realizada por la STCCO no se ajusta a la realidad, debido a que dicha empresa no habría utilizado el espectro de sus vinculadas en la Banda 2.6 GHz. Textualmente, en su escrito de descargos, AMÉRICA MÓVIL refirió 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)

167. No obstante, en el Informe Instructivo, la STCCO afirmó que AMÉRICA MÓVIL sí utilizó la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico, asignada a sus empresas vinculadas. Para acreditar dicha proposición, presentó las pruebas recabadas por el MTC con ocasión a dos procedimientos administrativos sancionadores tramitados contra AMÉRICA MÓVIL.

168. Así, el 4 de octubre de 2017, a través del Informe N° 1351-2017-MTC/29.CGMIC, la DGCS del MTC mostró los resultados de diversas supervisiones. Dichas supervisiones estuvieron dirigidas a investigar si AMÉRICA MÓVIL se encontraba utilizando frecuencias de la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico, asignadas a sus empresas vinculadas.

169. Los principales aspectos de dicho informe, relevantes para el presente caso, son los siguientes:

- Entel detectó que AMÉRICA MÓVIL, aparentemente usaba canales de la banda 2.6 GHz que se encontraban asignados a TVS y Cablevisión⁵³.
 - Por tal motivo, los meses de mayo, julio y agosto de 2017, se realizaron diversas supervisiones en las instalaciones de TVS, Cablevisión, OLO y AMÉRICA MÓVIL.
 - Como resultado de dichas supervisiones, se corroboró que AMÉRICA MÓVIL operaba dos portadoras con tecnología LTE en la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico, es decir, utilizaba la banda 2.6 GHz. Dichas supervisiones se plasmaron en las siguientes actas: Acta N° 1272-2017, de 31 de julio de 2017, Acta N° 1273-2017, de 24 de julio de 2018, Acta N° 1274-2017, de 25 de julio de 2018.
170. En el expediente N° 2018-0423, el 24 de julio de 2018, el MTC decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL, por realizar actividades relacionadas con los servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente concesión, y por utilizar el espectro radioeléctrico sin la correspondiente autorización o concesión. Sin embargo, a pesar de las pruebas referidas, el procedimiento fue archivado porque, según el MTC, los hechos no habían sido adecuadamente enmarcados en los tipos infractores imputados.
171. Por otro lado, el 18 de octubre de 2018, el MTC decidió iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionador contra AMÉRICA MÓVIL, en el expediente N° 2018-0667.
172. Entre las infracciones investigadas, el MTC imputó a AMÉRICA MÓVIL el haber utilizado la banda de frecuencia 2.6 del espectro radioeléctrico sin la correspondiente autorización, de acuerdo a la infracción tipificada en el segundo supuesto del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
173. Mediante Resolución N° 896-2019-MTC/29.03, de 14 de octubre de 2019 (en adelante, Resolución Final), el MTC mostró las frecuencias del espectro radioeléctrico asignadas a AMÉRICA MÓVIL mediante diversos instrumentos⁵⁴.
174. De esta manera, al momento de emitirse la Resolución Final, el 14 de octubre de 2019, AMÉRICA MÓVIL tenía la autorización para usar las siguientes porciones del espectro radioeléctrico:

⁵³ El 15 de junio de 2017, ENTEL comunicó al MTC la situación referida.

⁵⁴ Mediante las siguientes resoluciones, el MTC asignó determinadas porciones del espectro radioeléctrico a AMÉRICA MÓVIL:

- (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.

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		

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

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		

175. Entre las frecuencias asignadas a AMÉRICA MÓVIL, no se encontró ninguna autorización respecto a la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico.

176. En tal sentido, el MTC investigó si AMÉRICA MÓVIL utilizaba la banda de frecuencia 2.6 GHz del espectro radioeléctrico. Los resultados de la investigación, así como el razonamiento probatorio empleado en la resolución final del procedimiento referido, fueron los siguientes:

- (i) El MTC verificó que AMÉRICA MÓVIL opera la banda 2.6 GHz a través de las siguientes actas: Acta N° 1272-2017, de 31 de julio de 2017, Acta N° 1273-2017, de 24 de julio de 2018, Acta N° 1274-2017, de 25 de julio de 2018. Las actas se emitieron en el marco de la verificación de operación de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- (ii) Posteriormente, el MTC realizó inspecciones para corroborar la infracción imputada a AMÉRICA MÓVIL. Así, mediante Actas de inspección N° 238-2018, 241-2018, 242-2018, 244-2018, 239-2018, 240-2018, 243-2018, 245-2018, 246-2018, 247-2018, 248-2018, 249-2018, el MTC corroboró la comisión de la infracción imputada a AMÉRICA MÓVIL. El detalle de las actas es el siguiente:

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

183. Al respecto, en el escrito de fecha 7 de agosto de 2018, presentado ante el MTC en el expediente N° 2018-423, AMÉRICA MÓVIL señaló lo siguiente, de manera textual:

"(...), 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).

184. A través del escrito de fecha 14 de febrero de 2019, presentado en el presente procedimiento, AMÉRICA MÓVIL señaló lo siguiente, de manera textual:

"134. En noviembre de 2016, como resultado del proceso de integración entre CLARO, TVS y las empresas del grupo OLO, se suscribieron diversos contratos de comercialización entre las empresas del grupo. Estos acuerdos buscaban garantizar la prestación de servicio de internet móvil a través de las tecnologías 4G y 4.5G no solamente a los usuarios de CLARO, sino a todos los usuarios finales de las empresas del grupo." (Énfasis agregados).

185. En el procedimiento sancionador tramitado por el MTC contra AMÉRICA MÓVIL en el expediente N° 2018-0667, varios argumentos de AMÉRICA MÓVIL estuvieron dirigidos a justificar que no utilizaba espectro radioeléctrico de otro concesionario, sino que se concretaba, en realidad, un supuesto de comercialización de servicios y/o tráfico, en virtud del contrato de comercialización referido. Los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL, en aquella ocasión, fueron los siguientes:

- No utilizaba espectro radioeléctrico de otro concesionario, únicamente materializaba un supuesto de comercialización de servicios.
- No usa la banda 2.6 del espectro, sino que adquiere tráfico generado por OLO y TVS. Dichas empresas utilizaban su espectro asignado para cumplir los términos del contrato de comercialización. El contrato referido tenían una finalidad lícita, puesto que la normativa sectorial reconocía su legalidad.

186. Como se señaló, los acuerdos de comercialización no constitúan (ni constituyen) instrumentos que autoricen a un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones para utilizar determinadas porciones del espectro.

187. De los argumentos vertidos por AMÉRICA MÓVIL en los procedimientos referidos, se desprende que la empresa justificó el uso no autorizado del espectro asignado a sus empresas vinculadas a través de la celebración del acuerdo de comercialización. En otras palabras, AMÉRICA MÓVIL buscó validar o legitimar el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico, sobre la base de un acuerdo de comercialización que tiene una finalidad muy distinta de acuerdo al artículo 138° del TUO de la Ley de

	BTS LIL 0179 PASTAZA Acta N° 248-2018	ESCOBEDO y BTS LI 0179 PASTAZA
--	--	-----------------------------------

(iii) Por su parte, la DGCC señaló que AMÉRICA MÓVIL no contaba con asignación de espectro radioeléctrico en la banda 2.6 GHz, por lo que dicha empresa no se encontraba autorizada para usar las frecuencias indicadas.

177. Por consiguiente, el órgano del MTC encargado de aplicar la sanción concluyó que AMÉRICA MÓVIL usó la banda referida sin la autorización correspondiente, configurándose, de esa manera, la infracción prevista en la parte final del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
178. El MTC, sin embargo, decidió no imponer la sanción prevista en el numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones a AMÉRICA MÓVIL, por aplicación del principio de retroactividad benigna, consecuencia de la expedición del D.S. N° 015-2019-MTC.
179. Como puede apreciarse, la actividad probatoria en los procedimientos citados es abundante. A través de diversas supervisiones, los órganos del MTC acreditaron plenamente que AMÉRICA MÓVIL estuvo utilizando frecuencias de la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico, que fueron asignadas a sus empresas vinculadas.
180. En tal sentido, al poco tiempo de la adquisición del 100% de las acciones de las empresas TVS y OLO, AMÉRICA MÓVIL comenzó a utilizar las frecuencias de espectro asignadas a sus empresas vinculadas, mientras, al mismo tiempo, presentó las diversas solicitudes de transferencias de espectro de sus empresas vinculadas. Ello revela que AMÉRICA MÓVIL utilizaba el espectro de sus empresas vinculadas eludiendo las restricciones sectoriales, con pleno conocimiento.

5.1.2.1. La ejecución del acuerdo de comercialización para “legitimar” un uso compartido de espectro radioeléctrico contrario a la regulación de telecomunicaciones

181. AMÉRICA MÓVIL ha utilizado el contrato de comercialización para, de alguna manera, utilizar una figura legal que encubriese el uso del espectro de titularidad de sus vinculadas en la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico. En estas circunstancias, el acuerdo de comercialización constituye una figura legal empleada para dar la apariencia de mantener relaciones de comercialización de tráfico y servicios, de acuerdo al artículo 138° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, pero que en el fondo encubría la explotación ilícita del espectro asignado a sus vinculadas. Así, el contrato de comercialización puede considerarse como un mecanismo cuyo uso lograba el propósito de evadir las prohibiciones sectoriales referidas al uso del espectro para mejorar su posición competitiva en el mercado móvil.
182. Así pues, tanto en los procedimientos sancionadores tramitados por el MTC, como en el presente procedimiento, AMÉRICA MÓVIL ha señalado 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.

Telecomunicaciones, pese a conocer que requería una autorización previa del MTC para realizar cualquier tipo de disposición respecto de dicho recurso.

188. La situación descrita constituye un fraude a la ley al ser contraria a la regulación sectorial, en efecto, dicha conducta ha tenido por finalidad eludir las restricciones establecidas en la normativa sectorial respecto a las condiciones y requisitos para el uso y explotación del espectro radioeléctrico. Como es bien sabido, en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones, el uso y explotación del espectro radioeléctrico requiere una autorización previa y expresa del MTC.
189. Por consiguiente, en base a las pruebas valoradas en la anterior sección, se encuentra acreditado que AMÉRICA MÓVIL se valió del contrato de comercialización suscrito con sus empresas vinculadas, titulares de porciones de espectro radioeléctrico en la banda 2.6 GHz, con el objeto de crear la apariencia de mantener relaciones de comercialización de tráfico y/o servicios y eludir las restricciones sectoriales sobre el uso del espectro, en rigor, la suscripción del Contrato pone de manifiesto el propósito de dar cobertura contractual al uso, ilícito por cierto, del espectro radioeléctrico.
190. La conducta previamente descrita implica que AMÉRICA MÓVIL vulneró el deber general de conducta en el mercado de servicios móviles que representa el desenvolverse conforme a la eficiencia económica y a las normas de corrección que deben orientar la pugna competitiva en el mercado de servicios móviles.
191. Incluso, cabe señalar que AMÉRICA MÓVIL ha referido constantemente que la legalidad del contrato de comercialización no fue cuestionada por el OSIPTEL y, más aún, el MTC se pronunció de manera favorable respecto de la legalidad de dicho acuerdo, por lo que no existe mala fe en su comportamiento⁵⁵.
192. En cuanto a la falta de cuestionamiento del OSIPTEL, AMÉRICA MÓVIL indicó que el referido contrato fue puesto en conocimiento del OSIPTEL, sin que dicha autoridad realizará alguna observación⁵⁶.
193. A criterio de este Cuerpo Colegiado, el argumento anterior no es pertinente para cuestionar la imputación. En efecto, de la lectura del contrato, el OSIPTEL no podría haber advertido que eludía las normas sectoriales, puesto que dicho contrato no incluye términos que involucren transferencia, arrendamiento y/o cesión de uso total o parcial del espectro radioeléctrico asignado a las empresas vinculadas de AMÉRICA MÓVIL. Se advierte, por el contrario, que el argumento es confuso: trata de justificar una aparente legalización del acuerdo de comercialización que involucra el uso de porciones de espectro de otros concesionarios. Además, dado que dicho contrato buscaba dar la apariencia de una relación de comercialización de tráfico y servicios de acuerdo al TUO de la Ley de Telecomunicaciones, resulta insostenible pensar que la empresa incluiría

⁵⁵ El argumento de la falta de cuestionamiento del OSIPTEL se aprecia, por ejemplo, en los siguientes escritos de AMÉRICA MÓVIL presentados en el presente expediente: fundamento 27 del escrito de 15 de noviembre de 2019, fundamento 57 del escrito de 2 de diciembre de 2019; fundamento 20 del escrito de 15 de enero de 2020.

El argumento de la supuesta legalización del MTC se aprecia, por ejemplo, en los siguientes escritos de AMÉRICA MÓVIL presentados en el presente expediente: fundamentos 157, 158 y 159 del escrito de 14 de febrero de 2019; fundamento 27 y 28 del escrito de 15 de noviembre de 2019; fundamento 43 y 57 del escrito de 2 de diciembre de 2019; fundamento 20 del escrito de 15 de enero de 2020. Asimismo, dicho argumento se aprecia en la página 13 del escrito de 7 de agosto de 2018, presentado ante el MTC en el expediente N° 2018-0423.

⁵⁶ Fundamento 49 de los alegatos de fecha 15 de enero de 2020, presentado por AMÉRICA MÓVIL.

alguna cláusula que develase al OSIPTEL o al propio MTC, la forma en como utilizaría ilícitamente el espectro de titularidad de sus vinculadas.

194. Acerca del pronunciamiento del MTC, AMÉRICA MÓVIL indicó que, junto con sus empresas vinculadas, presentó una consulta, el 7 de diciembre de 2017, dirigida a la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC, respecto a la suficiencia de los acuerdos comercialización como título para prestar servicios de telecomunicaciones⁵⁷.

195. Al respecto, AMÉRICA MÓVIL citó la siguiente parte de la respuesta del MTC, contenida en el Oficio N° 244117-2017-MTC/27, de 15 de diciembre de 2017:

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.

196. Según AMÉRICA MÓVIL, mediante dicho acto, el MTC habría ratificado que los acuerdos de comercialización son instrumentos suficientes para prestar servicios de telecomunicaciones.

197. Sin embargo, dicha parte del referido oficio no implica, en modo alguno, que el MTC reconozca la legalidad de un contrato de comercialización que se utilizó para aparentar un supuesto uso debido del espectro radioeléctrico. Ello debido a que el texto citado por AMÉRICA MÓVIL refiere en sus últimas líneas que los concesionarios deben hacer uso debido del espectro, lo que implica que se cumpla con la normativa sectorial para utilizar el espectro.

198. Asimismo, la STCCO solicitó la opinión del MTC, mediante el Oficio N° 339-STCCO/2018. Entre otros aspectos, la STCCO consultó si la aprobación de acuerdos de comercialización podrían constituir autorizaciones o habilitaciones otorgadas por el MTC, para la transferencia de titularidad o transferencia del uso del espectro radioeléctrico entre empresas operadoras.

199. A través del Oficio N° 22655-2018-MTC/27, de 14 de noviembre de 2018, el MTC respondió que no se generan derechos de uso de alguna porción del espectro mediante los contratos de comercialización. Textualmente, indicó lo siguiente:

"3. (...), cualquier operador de servicios públicos de telecomunicaciones que haya suscrito algún Acuerdo 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 Acuerdo de Comercialización, deberá solicitar autorización al órgano competente para que tales acuerdos puedan tener efectos jurídicos.

⁵⁷

Fundamento 28 del escrito de fecha 15 de noviembre de 2019, presentado por AMÉRICA MÓVIL.

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)

200. De este modo, de manera contraria a lo argumentado por AMÉRICA MÓVIL, el MTC fue claro al señalar que no se generan derechos de uso por alguna porción del espectro radioeléctrico mediante acuerdos de comercialización, suscritos de manera privada entre operadores de servicios públicos de telecomunicaciones; pues, para utilizar el espectro, se debía contar con la correspondiente Resolución Directoral (en el caso de asignación de frecuencias) o Resolución Viceministerial (en el caso de transferencia de espectro).

5.1.3. La configuración de la infracción de competencia desleal en la modalidad de cláusula general

201. De conformidad con el marco legal desarrollado en la presente resolución, el supuesto de hecho contenido en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal constituye, en sí mismo, el tipo infractor que identifica las conductas desleales susceptibles de ser sancionadas por la autoridad.
202. Así, la referida cláusula general permite que la autoridad de competencia investigue y sancione aquellos actos que, por su novedad o por sus singulares características, no se encuentran previstos expresamente en el listado enunciativo de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
203. Debe enfatizarse que la buena fe que exige la LRCD es de carácter objetivo y no subjetivo. En este sentido, no se trata de la percepción sobre la ilicitud o no de una conducta específica, sino que es un estándar de competencia por eficiencia que, para cada caso en particular, permitirá evaluar la adecuación de la conducta investigada con la buena fe empresarial que se espera objetivamente de un agente económico, teniendo en cuenta las particularidades del agente y las condiciones del mercado en donde este desarrolla sus actividades. En consecuencia, esta buena fe empresarial objetiva se manifiesta en toda conducta concurrencial destinada a lograr o pretender lograr la preferencia de los usuarios por causa de la eficiencia de la propia oferta de bienes o servicios, al procurar presentar mejores combinaciones de precio y calidad que otros competidores en el mercado.
204. En este sentido, la contravención de la buena fe empresarial, desde una perspectiva objetiva, se produce al lograr o pretender lograr la preferencia de los usuarios por causas distintas a la propia eficiencia, tal como ocurre, por ejemplo, cuando una empresa utiliza mecanismos previstos en la normativa sectorial para dar una apariencia de licitud a conductas que en el fondo tienen una naturaleza ilícita y buscan evadir las restricciones normativas para el desarrollo de determinada actividad económica regulada. El Derecho considera a la conducta que causa dicho daño ilícito como una conducta indebida, contraria objetivamente a la buena fe empresarial y, en consecuencia, prohibida y sancionable.

205. En principio, el Cuerpo Colegiado Permanente considera necesario pronunciarse respecto al Principio de Primacía de la Realidad, recogido en el artículo 5° de la LRCD⁵⁸, el cual ordena a la autoridad administrativa determinar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. Respecto a este principio, la exposición de motivos de la norma en cuestión señala lo siguiente:

"(...) la autoridad de represión de la competencia desleal deberá atender a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. En efecto, al analizar los distintos mercados y los actos presuntamente desleales, la autoridad debe indagar acerca de la verdadera naturaleza de las cosas, independientemente de lo que puedan indicar los documentos, contratos o incluso disposiciones normativas." (Subrayado agregado).

206. Como se puede apreciar, el Principio de Primacía de la Realidad conmina a la autoridad a determinar la verdadera naturaleza de los hechos, yendo más allá de la información que las partes presenten, en concordancia con el Principio de Verdad Material, consagrado en el artículo IV, numeral 1.11 del TUO de la LPAG⁵⁹.

207. Por tanto, bajo este principio, en la investigación del acto de competencia desleal imputado a AMÉRICA MÓVIL por infracción a la cláusula general de competencia desleal- valiéndose del diseño de la estrategia contraria a la buena fe empresarial previamente descrita -, este Cuerpo Colegiado Permanente enfatiza la evaluación de las conductas desarrolladas por la investigada y las relaciones que efectivamente ha realizado, perseguido o establecido en la realidad, así como sus efectos reales o potenciales, más que en la forma jurídica de los contratos que pudiera haber celebrado con terceros para llevar a cabo tales conductas, ello en concordancia con lo establecido en los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL y la jurisprudencia del OSIPTEL.

208. Como se refirió, el desarrollo de la estrategia contraria a la buena fe objetiva, materia de imputación por infracción a la cláusula general, se evidencia de la siguiente manera: (i) haber adquirido empresas titulares de porciones de espectro radioeléctrico; y, posteriormente, (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.

58

LRCD**"Artículo 5.- Primacía de la realidad.-**

La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos."

59

TUO de la LPAG**"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

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

(...)

1.11. Principio de verdad material.- Principio de verdad material.- *En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. (...)"*

209. Al respecto, a partir del análisis efectuado en las secciones anteriores, el Cuerpo Colegiado llega a las siguientes conclusiones:

- (i) Se encuentra acreditado que AMÉRICA MÓVIL adquirió las empresas OLO y TVS, las cuales contaban con el derecho de usar la banda 2.6 del espectro radioeléctrico. Precisamente, la finalidad de dicha adquisición fue la de utilizar el espectro radioeléctrico de sus empresas vinculadas a fin de mejorar su posicionamiento en el mercado.
- (ii) Al poco tiempo de la adquisición del 100% de las acciones de las empresas TVS y OLO, AMÉRICA MÓVIL comenzó a utilizar las frecuencias de espectro asignadas a sus empresas vinculadas.
- (iii) AMÉRICA MÓVIL utilizó la figura legal de un contrato de comercialización, con el objeto de simular una relación de comercialización acorde al TUO de la Ley de Telecomunicaciones, pero que en el fondo encubría un uso ilícito del espectro de sus vinculadas, para de este modo, eludir las restricciones sectoriales sobre las condiciones de uso del espectro radioeléctrico.

210. Por consiguiente, el comportamiento de AMÉRICA MÓVIL vulnera la buena fe objetiva, pues dicha empresa utilizó un contrato de comercialización para encubrir la verdadera naturaleza de los acuerdos privados celebrados con sus vinculadas que involucraban la explotación del espectro y procurarse una mejor posición competitiva en el mercado que no responde a la propia eficiencia de la empresa imputada, sino a los mecanismos desleales descritos y la evasión de las restricciones impuestas a la transferencia de espectro radioeléctrico de sus vinculadas TVS y OLO.

211. En tal sentido, a continuación, se evaluará si la estrategia desarrollada por AMÉRICA MÓVIL ocasionó un daño concurrencial ilícito y la mejora de la posición competitiva de dicha empresa derivada de la estrategia desleal empleada.

5.1.4. El daño concurrencial ilícito y la mejora de la posición competitiva de AMÉRICA MÓVIL a través de mecanismos desleales

212. De acuerdo a los Informes emitidos por la GPRC del OSIPTEL, en particular los Informes N° 00166-GPRC/2017 de fecha 21 de setiembre de 2017 y N° 00168-2017 de fecha 26 de setiembre de 2017, AMÉRICA MÓVIL ha venido brindando servicios móviles (4G y 4.5G) a sus usuarios finales empleando las asignaciones en la banda de 2.6 GHz de sus vinculadas, con las cuales ha logrado conformar una portadora de 2x20 en la configuración de la banda 7, sin que quede clara la forma a través de la cual darían un "uso compartido" al espectro asignado, pues se han valido de acuerdos de comercialización de tráfico y/o servicios.

57. El acaparamiento no es el único problema en esta banda, pues el desorden también está presente. En particular, se ha observado que las mismas empresas operadoras han tratado de combinar sus asignaciones para tratar de aproximarse a las configuraciones armonizadas (principalmente Banda 7). No obstante, todos estos acuerdos y modos de trabajo colaborativo se han venido dando entre las empresas vinculadas al grupo América Móvil. En ese sentido, Entel ha quedado excluido de estos acuerdos (Ver Anexo E).

Fuente: Informe GPRC N° 00166-GPRC/2017

63. Como se indicó en anteriores informes, se ha evidenciado la operación conjunta y colaborativa entre las empresas pertenecientes al grupo América Móvil en las provincias de Lima y Callao. 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 de 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.

64. Al respecto, no queda clara la figura legal bajo la cual Claro ofrece sus servicios móviles usando el espectro radioeléctrico de operadores como TVS Wireless y Cablevisión; y sobre todo si dicho esquema de aparente "uso compartido" de espectro ha sido comunicado oportunamente al MTC. No obstante, de las conversaciones sostenidas con el operador Olo, se informó a este organismo regulador que existen determinados acuerdos denominados "Contrato de Servicios de Uso de Infraestructura" o "Comercialización de Tráfico", que han permitido que determinados concesionarios de la banda de 2.6 GHz hayan venido empleando de manera compartido y/o conjunta ya sea infraestructura y/o espectro.

Fuente: Informe GPRC N° 00168-2017

213. En efecto, de la información obrante en el expediente se advierte que AMÉRICA MÓVIL, a través de la suscripción de los acuerdos de comercialización con sus empresas vinculadas, ha vulnerado la legislación en materia de telecomunicaciones que obliga a los operadores a contar con autorizaciones previas a efectos de explotar el espectro radioeléctrico, con lo cual se ha valido de una ventaja competitiva ilícita respecto de sus competidores para captar usuarios a través del uso de la tecnología 4G o 4.5G, evidenciándose un ahorro de costos e inversiones ilícito en el mercado.

214. Asimismo, queda claro que a través de esta estrategia infractora, el Grupo América Móvil concentraba el 41% de la banda 2.6 GHz en FDD en Lima y Callao ya que ningún otro competidor pudo acceder a esta banda, pues la totalidad del espectro se encontraba asignada, generando así una barrera estratégica a su favor.

215. Es así que la referida estrategia además de resultar contraria a la buena fe empresarial, tuvo por efecto falsear las condiciones de competencia en el mercado, y se ha visto reflejada en la adquisición de un grupo de empresas que poseen espectro en la banda de 2.6 GHz, sumado a la suscripción de acuerdos de comercialización con TVS y OLO, en la búsqueda por validar un uso compartido de espectro contrario a la regulación sectorial vigente durante el periodo de la infracción.

216. Cabe señalar que en el ámbito de las autoridades del sector, una de las mayores preocupaciones tiene que ver con la distribución del espectro radioeléctrico, el cual es un recurso natural escaso, cuya propiedad pertenece al Estado, y que se asigna a las empresas operadoras en función a diferentes criterios, buscando la máxima eficiencia en su uso.
217. Así, existen medidas *ex ante* para prevenir el acaparamiento del espectro radioeléctrico, las cuales se pueden establecer a través de los mecanismos de asignación primaria, como a través de políticas de restricciones en el mercado secundario, como es el control de transferencia de concesiones.
218. Sin embargo, como se observa en el caso materia de investigación, estas medidas no son suficientes, ya que las empresas pueden establecer estrategias más elaboradas que les permiten acaparar espectro sin necesariamente pasar por controles previos, realizando estrategias que escapan de las prohibiciones previstas en el marco normativo sectorial.
219. De esta manera en el marco del análisis de las solicitudes de transferencia de las concesiones y espectro asociado de TVS y OLO a favor de AMÉRICA MÓVIL, la DGRAIC evaluó cuál habría sido el nuevo escenario en caso se hubiera aprobado la solicitud de transferencia de espectro. Para tal fin, la DGRAIC presentó la asignación actual del espectro radioeléctrico en bandas altas, atribuido a los servicios móviles, mediante el siguiente cuadro:

Cuadro N° 3: Espectro asignado en bandas altas

	1900 Mhz	AWS (1700/2100 MHz)	2.6 GHz	TOTAL (MHz)	% DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO
OLO	0	0	24	24	6.28%
TVS WIRELESS	0	0	114	114	29.84%
AMÉRICA MÓVIL	35	0	0	35	9.16%
TELEFÓNICA	25	40	0	65	17.02%
ENTEL	25	40	54	119	31.15%
VIETTEL	25	0	0	25	6.54%
Total	110	80	192	382	100%

Elaboración: DGRAIC-MTC. FUENTE: Registro Nacional de Frecuencias, mayo de 2018.

220. Asimismo, la DGRAIC analizó el escenario en el cual se hubieran realizado las transferencias de espectro de las empresas TVS y OLO a favor de AMÉRICA MÓVIL, en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 4: Espectro asignado en bandas altas en el escenario de transferencia de espectro de TV Wireless y OLO a favor de AMÉRICA MÓVIL

	1900 Mhz	AWS (1700/2100 MHz)	2.6 GHz	TOTAL (MHz)	% DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO
AMÉRICA MÓVIL	35	0	138	173	45.29%
TELEFÓNICA	25	40	0	65	17.02%
ENTEL	25	40	54	119	31.15%
VIETTEL	25	0	0	25	6.54%
Total	110	80	192	382	100%

Elaboración: DGRAIC-MTC

221. De este modo, la DGRAIC concluyó que la asignación del 45.29% del espectro radioeléctrico disponible en Lima y Callao a un solo operador ocasionaría consecuencias negativas al despliegue de servicios de telecomunicaciones. Asimismo, la asignación de 138 MHz a un solo operador en la banda 2.6 GHz limitaría el acceso a un recurso escaso a los demás operadores.
222. Así pues, mediante los acuerdos de comercialización celebrados con dichas empresas, AMÉRICA MÓVIL habría materializado el escenario identificado por el MTC en el anterior cuadro. Esto significa que AMÉRICA MÓVIL habría limitado el uso del espectro, encontrándose en capacidad de acaparar dicho recurso y provocando consecuencias negativas a sus competidores reales y potenciales.
223. En efecto, a través de la compra de operadores que poseen espectro, AMÉRICA MÓVIL logró acumular una importante cantidad de dicho recurso. Incluso, AMÉRICA MÓVIL mantenía espectro que no usaba, lo cual constituye un claro acaparamiento de espectro, limitando la leal competencia en el mercado aguas abajo.
224. Cabe señalar que si bien el artículo 218° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones tipificaba determinadas causales de reversión del espectro radioeléctrico, incluso antes de los recientes cambios normativos; la conducta de arrendamiento de espectro sin el permiso previo y expreso del MTC no constituía una causal específica de reversión. En efecto, la Norma de Arrendamiento de Espectro incorpora al mencionado artículo 218° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, el numeral 8, que establece entre otras causales, la reversión del espectro en los casos en los que los concesionarios celebren contratos de arrendamiento de espectro sin contar con la habilitación previa y expresa por parte del MTC.

"Artículo 218.- Causales de reversión del espectro al Estado

El espectro asignado para servicios públicos, revertirá al Estado en los siguientes casos:

(...)

8. Ante la comisión de más de una de las infracciones muy graves contenidas en los numerales 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 20 del artículo 258 del presente Reglamento, ocasionando la reversión total de la porción de banda de frecuencias relacionada al incumplimiento sancionado.

9. Cuando, injustificadamente, la operadora restringe o limita el acceso otorgado al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, al sistema de gestión de operaciones – OSS (por sus siglas en inglés Operations Support System) de acuerdo a la obligación contenida en la normativa aplicable.

El Ministerio, de ser el caso, mediante Resolución Ministerial, establecerá los términos y condiciones en los que se efectuarán los procesos de reversión.

En ningún caso procederá el desembolso de suma alguna a favor de la concesionaria."

(Énfasis agregado)

"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)

225. Así, queda claro que el MTC no contaba con una tipificación suficiente que le permitiese la reversión del espectro a fin de impedir el acaparamiento generado en aquellos casos en los cuales los concesionarios hubieran suscrito contratos privados que involucrasen la utilización del espectro (contratos de arrendamiento de espectro) sin la autorización previa del MTC. Tal es así que el propio MTC reconoce a través de un comunicado de prensa, de febrero de 2019, que "Con el objetivo de salvaguardar la competencia en el sector Comunicaciones, garantizar la eficiente administración y gestión de las frecuencias; y **evitar comportamientos estratégicos como el acaparamiento de espectro**; el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) publicó la Resolución Ministerial N 085-2019 MTC/26, que fija topes a la asignación de espectro radioeléctrico en las denominadas bandas bajas y medias." (énfasis agregado).⁶⁰

226. Es decir, se reconoce que no se contaba con un mecanismo idóneo para evitar el acaparamiento de espectro, lo cual se pretendía resolver con los cambios normativos realizados en el año 2019.

227. Cabe destacar que en el caso particular de la banda de 2.6 GHz, la conducta cesó cuando se publicó la Resolución Viceministerial N° 405-2019-MTC/03, con la cual se aprobó el reordenamiento de dicha banda el 14 de junio de 2019.

Ver: "MTC publicó norma que evita acaparamiento de espectro radioeléctrico". Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/mtc/noticias/25616-mtc-publico-norma-que-evita-acaparamiento-de-espectro-radioelectrico> (Última Visita: 31/01/2020)

228. De acuerdo con un documento publicado por la Radio Spectrum Policy Group (RSPG) y el European Regulators Group (ERG)⁶¹, el acaparamiento anticompetitivo del espectro puede ser descrito como una situación en la que jugadores del mercado, de forma individual o conjunta, adquieren o retienen cantidades de espectro mayores que sus necesidades técnicas previsibles, con el efecto distorsionador de la competencia. Asimismo, se agrega que, el acceso a frecuencias de alto valor es particularmente importante para los operadores, por lo que limitar el acceso a este tipo de recurso, puede inhibir su habilidad para proveer servicios finales. De esta manera, una situación monopólica en algunas bandas de frecuencia puede llevar a una estructura competitiva similar en los mercados aguas abajo, de acuerdo a lo señalado por el documento de la RSPG y el ERG.
229. El documento de RSPG y ERG señala también que, dado que los mercados de espectro no están totalmente liberalizados (como es el caso de Perú), las cantidades de espectro transables son pequeñas y existen restricciones de uso significativas, por lo cual hay un riesgo potencial de que los operadores, de forma unilateral o de forma colectiva, hagan un uso anticompetitivo del espectro.
230. 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 y que ejerza presión competitiva.
231. Al respecto, RSPG y ERG señalan que, un operador que acapara espectro podría mantener dicho recurso con uso ineficiente, debido a que el costo de mantener esa ineficiencia es menor al costo de devolver el espectro no usado de forma eficiente.

Costo de mantener espectro < Costo de devolver espectro

232. Para ello, se debe considerar que el costo de mantener el espectro acaparado puede ser cero, o en algunos casos tener un costo muy bajo. Esto contrasta con los altos costos de devolver el espectro que debe asumir el operador, principalmente relacionados a dejar dicho recurso en manos de un competidor. Es decir, se podría considerar que el costo de oportunidad de mantener una porción del espectro es dejar en manos de algún competidor dicho recurso, por lo que la empresa preferirá mantener el espectro, aunque no lo use o le genere pequeños costos.
233. En este caso en particular, según se detalla en el Informe N° 166-GPRC/2017, para Lima y Callao, a partir de la aprobación de la transferencia de espectro de Cable Visión a favor de TVS, esta última pudo establecer una configuración de espectro FDD para tener portadoras en Banda 7, la cual vendría siendo utilizada por AMÉRICA MÓVIL. Esta portadora sería de hasta 35 + 35 MHz. Sin embargo, existía una importante cantidad de espectro que no estaba siendo utilizada por el Grupo América Móvil, lo cual no SÓLO generaba ineficiencia, sino que limitó las posibilidades de que otros operadores puedan acceder a la Banda de 2.6 GHz, una de las bandas más valiosas para la provisión de servicios móviles. Así, existían 32 MHz que podían configurarse en

⁶¹ ERG-RSPG Report on radio spectrum competition issues. Disponible en: http://rspg-spectrum.eu/wp-content/uploads/2013/05/rspg09_278_erg_rspg_report_on_radio_spectrum_competition_issues_0906041.pdf
(Última Visita: 31/01/2020)

TDD como Banda 38, pero que, dado que AMÉRICA MÓVIL ya usaba la configuración de Banda 7, no podía ser aprovechada. Además, existía espectro de TVS Wireless (12 MHz) y de OLO (24 MHz) que no era posible aparear. Esta situación se resume en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 5: Espectro en la banda de 2.6 GHz de los operadores móviles en Lima y Callao

Operador	Espectro FDD (Banda 7)	Espectro TDD (Banda 38)	Espectro sin aparear	Total de espectro
TVS Wireless	35+35 MHz	32 MHz	12 MHz	114 MHz
Entel	No puede aparearse en FDD	24 MHz	30 MHz	54 MHz
OLO	No puede aparearse en FDD	-	24 MHz	24 MHz

Fuente: Informe N° 166-GPRC/2017

234. La forma en la que el Grupo América Móvil venía usando el espectro en la banda de 2.6 GHz, era altamente ineficiente, y constituía un acaparamiento de este recurso que tenía 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 de 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 contaba con el segmento de subida que requiere este tipo de configuración. Ello se debe a que este segmento de subida estaba en manos de OLO, empresa vinculada a AMÉRICA MÓVIL, sin que sea aprovechado. De esta manera, considerando las pruebas realizadas por la GPRC y la propia Telefónica, se observa que AMÉRICA MÓVIL solamente utilizaba 40 MHz (20 + 20 MHz) de un total de 114 MHz a cuyos derechos accede como grupo empresarial.
235. De esta manera, queda en evidencia que AMÉRICA MÓVIL acaparó espectro que podría haber sido usado por otro operador en la configuración TDD, al mismo tiempo que acaparó espectro sin aparear que podría ser usado por otro operador en una configuración FDD.
236. Así, a través de este acaparamiento del espectro, AMÉRICA MÓVIL incurrió en una conducta contraria a la buena fe empresarial, al haber diseñado y puesto en ejecución una estrategia operacional que viola la prohibición establecida en la normativa de telecomunicaciones, adquiriendo un grupo de empresas que contaban con autorización para utilizar el espectro en la banda 2.6 GHz, para posteriormente utilizar las porciones de espectro asignadas a dichas empresas a través de un mecanismo desleal, como es el caso de establecer 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 de la obtención de usuarios en el mercado de servicios móviles sobre la base de mecanismos distintos a su propia eficiencia.
237. 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.

5.2. La imputación de cargos contra AMÉRICA MÓVIL por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

5.2.1. Los títulos habilitantes requeridos para utilizar el espectro radioeléctrico en el sector telecomunicaciones

238. El artículo 57° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones indica que la utilización del espectro radioeléctrico, así como su otorgamiento a particulares, se efectuará en las condiciones señaladas en dicha norma y en su reglamento⁶². Asimismo, el artículo 58° de dicha ley establece que el MTC es la entidad encargada de administrar, asignar frecuencias y controlar el espectro radioeléctrico⁶³.
239. De este modo, el TUO de Ley de Telecomunicaciones autoriza que mediante su Reglamento se establezcan los requisitos o condiciones para el uso y otorgamiento del referido espectro. Asimismo, la referida ley faculta al MTC para administrar, asignar frecuencias y controlar el espectro.
240. Para permitir que el MTC vigile adecuadamente el uso espectro radioeléctrico, entre otras facultades, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones otorgó a dicha entidad la función de ejercer las facultades inspectoras y sancionadoras previstas en dicha ley⁶⁴.
241. Así, el TUO de La Ley de Telecomunicaciones establece, de esta manera, una serie de sanciones con la finalidad de proteger la adecuada prestación de los diversos servicios de telecomunicaciones y tutelar el uso eficiente del espectro radioeléctrico.
242. En efecto, el artículo 87, inciso 2, del TUO de Ley de Telecomunicaciones señala lo siguiente:

"TUO de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 87.- Constituyen infracciones muy graves:

(...)

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

243. Como puede apreciarse, el inciso 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones prohíbe la utilización del espectro de frecuencia radioeléctrica sin la correspondiente autorización o concesión, o el uso de frecuencias distintas de las autorizadas. En ese sentido, dicha disposición normativa establece dos infracciones administrativas. Por un lado, constituye una infracción utilizar el espectro de frecuencia

⁶² TUO de la Ley de Telecomunicaciones

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

⁶³ 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."

⁶⁴ TUO de la Ley de Telecomunicaciones

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

(...)

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

radioeléctrica sin la concesión o autorización respectiva; y, por otro lado, constituye infracción usar frecuencias diferentes a las autorizadas, aunque el sujeto infractor cuente con la autorización o concesión previa.

244. En atención a la habilitación legal previamente referida, TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones desarrolló las condiciones y requisitos para la utilización del espectro radioeléctrico, reglamentando así los títulos habilitantes requeridos por los operadores del sector para hacer un uso lícito del espectro radioeléctrico.
245. En principio, según el artículo 202° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, la asignación del espectro radioeléctrico es un acto administrativo por el cual el Estado concede a un administrado el derecho de uso de una porción de dicho recurso, para la prestación de servicios de telecomunicaciones, en una determinada área geográfica⁶⁵.
246. Por su parte, el artículo 204° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones determinó que el uso del espectro radioeléctrico requiere de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente. En el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones, la asignación de espectro radioeléctrico se realiza a través de una resolución directoral del órgano competente del MTC⁶⁶.
247. Cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 203° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, la asignación de espectro radioeléctrico en las bandas identificadas para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, y atribuidas a título primario, se realiza mediante concurso público en la provincia de Lima y Callao⁶⁷.
248. Por consiguiente, para utilizar determinadas frecuencias del espectro radioeléctrico, en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones, se requiere lo siguiente: (i) una concesión; y (ii) una resolución directoral que asigne determina frecuencia de espectro radioeléctrico mediante concurso público en la provincia de Lima y Callao.
249. De otro lado, el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones también reguló una manera adicional para autorizar a un concesionario de servicios públicos de

⁶⁵ TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

"Artículo 202.- Definición de asignación de espectro"

La asignación es el acto administrativo por el que el Estado otorga a una persona el derecho de uso sobre una determinada porción del espectro radioeléctrico, dentro de una determinada área geográfica, para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de acuerdo con lo establecido en el PNAF."

⁶⁶ TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

"Artículo 204.- Concurso Público"

El uso del espectro radioeléctrico requiere de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente, según sea el caso, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento. Tratándose de servicios públicos de Telecomunicaciones la asignación se hará mediante resolución directoral del órgano competente del Ministerio."

⁶⁷ TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

"Artículo 203.- Concurso Público"

La asignación de espectro radioeléctrico en las bandas identificadas para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y atribuidas a título primario, se realizará mediante concurso público en la provincia de Lima y en la Provincia Constitucional del Calla. Para tal efecto, el Ministerio emitirá los dispositivos correspondientes. Esta disposición no aplica a las asignaciones ya efectuadas en las referidas bandas, durante la vigencia de sus contratos ni para los radioenlaces digitales para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en las bandas atribuidas como tales en el PNAF."

- telecomunicaciones a utilizar determinadas frecuencias o porciones del espectro radioeléctrico.
250. De este modo, el artículo 117° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece que las concesiones y las asignaciones de espectro asociadas a aquellas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del MTC⁶⁸. Dicha aprobación se realiza mediante Resolución Viceministerial.
251. Como puede apreciarse, el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones reguló las condiciones de uso del espectro radioeléctrico para el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones, a través de los siguientes títulos habilitantes:
- (i) Resolución Directoral que asigne determinada frecuencia de espectro radioeléctrico mediante concurso público en la provincia de Lima y Callao.
 - (ii) Resolución Viceministerial que apruebe la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión.
252. Posteriormente, el 28 de mayo de 2019, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Norma de Arrendamiento de Espectro - que entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación⁶⁹ - la cual tiene por objeto regular el arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico asignadas para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Para tal propósito, dicho reglamento establece el procedimiento, las condiciones y requisitos para el otorgamiento del permiso de arrendamiento.
253. Cabe señalar que si bien en el numeral 32 de los Lineamientos de Apertura se contempló inicialmente la posibilidad de que el espectro radioeléctrico sea cedido, arrendado y otorgado en uso previa autorización del MTC; la norma específica de desarrollo, esto es el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, no estableció un marco normativo específico que regule las condiciones de uso del

68

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

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

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

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

69

Constitución Política**Vigencia y obligatoriedad de la Ley**

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

arrendamiento de espectro, ocasionado así un vacío respecto a la utilización de este mecanismo de aprovechamiento del espectro radioeléctrico⁷⁰.

254. Así, la norma de desarrollo reglamentario, sólo había previsto, hasta antes de la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento, que los títulos habilitantes que facultaban a un operador de telecomunicaciones a utilizar una porción del espectro radioeléctrico, eran las resoluciones directorales o viceministeriales del MTC, dependiendo si se trataba de una asignación o transferencia.
255. En este sentido, el artículo 6°, inciso 5, de la Norma de Arrendamiento de Espectro faculta al titular de una concesión de servicios públicos de telecomunicaciones que cuente con asignación de espectro radioeléctrico, a arrendarlo a otros titulares de los referidos servicios, previo permiso emitido por el despacho Viceministerial de Comunicaciones del MTC⁷¹.
256. En esa misma línea, el artículo 18° de la Norma de Arrendamiento de Espectro señala que el permiso de arrendamiento, así como la modificación o renovación del contrato de arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico, es otorgado por resolución viceministerial del Despacho de Comunicaciones, donde se establecen las condiciones, obligaciones y compromisos de acuerdo al artículo 14° de la Norma de Arrendamiento de Espectro⁷².

⁷⁰ La propia Exposición de Motivos de la Norma de Arrendamiento de Espectro, establece lo siguiente:
"Con la Norma se establece un escenario predecible y con criterios objetivos para el establecimiento de un arrendamiento de una porción de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico, mecanismo que si bien está previsto en la normativa vigente, carece de un marco específico que lo regule". (Énfasis agregado).

⁷¹ **Norma de Arrendamiento de Espectro**
"Artículo 6.- Condiciones para el arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico
(...)
6.5 El titular de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones que cuenta con asignación de espectro radioeléctrico, puede arrendarlo a otros titulares de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones, previo permiso emitido por el Despacho Viceministerial de Comunicaciones del MTC."

⁷² **Norma de Arrendamiento de Espectro**
"Artículo 14.- Condiciones, obligaciones y compromisos aplicables al permiso de arrendamiento, su modificación o renovación
14.1. En virtud de la evaluación de la solicitud de permiso, modificación y/o renovación del arrendamiento, la DGPPC determina, bajo criterios sustentados, las condiciones, obligaciones y compromisos que asumen el arrendador y/o el arrendatario, los que pueden consistir en lo siguiente:

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

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.

257. De esta manera, la Norma de Arrendamiento de Espectro introdujo un título habilitante adicional para utilizar el espectro radioeléctrico por parte de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, a partir del 29 de mayo de 2019. Dicho título habilitante consiste en una resolución viceministerial que otorga el permiso de arrendamiento.
258. Ahora bien, de acuerdo con la Norma de Arrendamiento de Espectro, el permiso de arrendamiento es un acto administrativo por el cual el MTC autoriza a un titular de derecho de uso de espectro radioeléctrico que presta servicios públicos de telecomunicaciones para conceder temporalmente a un arrendatario el derecho de uso, aprovechamiento y/o explotación de una porción del espectro, a cambio de un precio determinado. El reglamento recalca que el arrendador debe tener asignada una porción del espectro radioeléctrico previamente a su arrendamiento⁷³, lo cual tiene coherencia con la regulación del uso del espectro anterior: en el caso de los servicios públicos, se requiere una autorización previa para usar una porción del espectro.
259. Asimismo, la Norma de Arrendamiento de Espectro incorporó una disposición complementaria transitoria relevante, según la cual los acuerdos de comercialización, reventa de servicios o tráfico que utilicen, como medio de transmisión, alguna porción de espectro radioeléctrico, sobre el cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso, deben adecuarse a las disposiciones contenidas en la Norma de Arrendamiento de Espectro, en el plazo de seis (6) meses, contado desde el día de siguiente de la publicación de dicho reglamento en el Diario Oficial el Peruano.

**"Norma de Arrendamiento de Espectro
DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA**

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

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

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

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

73

Norma de Arrendamiento de Espectro

"Artículo 4.- Términos y definiciones

Para efectos de la presente norma se entiende por:

(...)

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

260. Cabe indicar que en el segundo párrafo de dicha disposición, se indica que el incumplimiento de la adecuación mencionada está sujeta a la aplicación de las sanciones correspondientes.
261. En efecto, la Norma de Arrendamiento de Espectro incorporó diversas normas sancionadoras al TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. En particular, los numerales 18 y 22 al artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, tipifican como infracciones muy graves, el establecer una relación de comercialización de servicios y/o tráfico que involucre la utilización de alguna porción del espectro radioeléctrico sin la obtención previa y expresa del permiso de arrendamiento del MTC, así como el no adecuar los contratos de comercialización de servicios y/o tráfico, en el plazo y las condiciones previstas en la Disposición Complementaria Transitoria de la norma.

"TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 258.- Infracciones muy graves

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

(...)

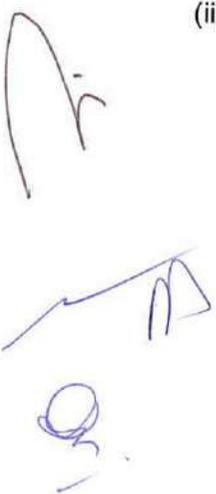
18. El establecimiento de una relación de comercialización de servicios y/o tráfico que involucre la utilización, como medio de transmisión de alguna porción de espectro radioeléctrico sobre la cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso; lo cual incluye la compartición, cesión o cualquier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

(...)

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

262. De la evaluación del marco regulatorio sobre las condiciones y requisitos de uso del espectro radioeléctrico, este Cuerpo Colegiado Permanente concluye lo siguiente:

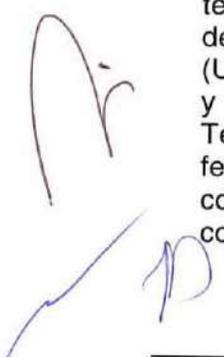
- (i) El TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones reguló sólo dos títulos habilitantes mediante los cuales el MTC podía autorizar el uso de ciertas frecuencias del espectro radioeléctrico: la Resolución Directoral que asigna determinada frecuencia de espectro radioeléctrico o la Resolución Viceministerial que aprueba la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión.
- (ii) El TUO de la Ley de Telecomunicaciones tipificó como infracciones el incumplimiento de las condiciones de uso del espectro radioeléctrico establecidas en su Reglamento. En particular, el primer supuesto del artículo 87°, inciso 2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones tipificó como infracción la utilización de frecuencias de espectro radioeléctrico sin contar con el respectivo título habilitante, mientras que el segundo supuesto de dicho artículo previó como infracción, la utilización de frecuencias de espectro radioeléctrico distintas a las autorizadas en el título habilitante previamente conferido por el MTC.



- (iii) Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro, no se encontraba previsto en la normativa de desarrollo reglamentario, ningún otro instrumento jurídico que permitiese al MTC autorizar la utilización del espectro radioeléctrico, por lo que existía un vacío legal respecto de la figura del arrendamiento de espectro contemplada en el numeral 32 de los Lineamientos de Apertura.
- (iv) Con la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro, se regularon las condiciones y requisitos del arrendamiento de espectro radioeléctrico, llenando el vacío legal existente en la regulación e incorporando un procedimiento específico para la obtención de un tercer tipo de título habilitante, a saber una Resolución Viceministerial que otorgue el permiso de arrendamiento de espectro radioeléctrico una vez cumplidas las condiciones técnicas y legales establecidas en dicha norma.
- (v) La utilización del espectro radioeléctrico sin contar con un título habilitante previo y el uso de frecuencias distintas a las autorizadas en el título habilitante respectivo, constituyen infracciones muy graves, antes y después de la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro.

5.2.2. Sobre la utilización de la banda 2.6 MHz por parte de AMÉRICA MÓVIL sin contar con título habilitante

263. Conforme fue expuesto, por Resolución Administrativa N° 0255-2018-MTC/29.AAFI⁷⁴ del 24 de julio de 2018, sustentada en el Informe Técnico N° 0978-2018-MTC/29 del 23 de julio de 2018, la autoridad administrativa encargada de la fase instructora de la DGSC del MTC inició un procedimiento sancionador contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de la infracción muy grave tipificada en la primera parte del numeral 1) del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones referida a la realización de actividades relacionadas con los servicios públicos de telecomunicaciones sin la correspondiente autorización o concesión; y, por la presunta comisión de la infracción tipificada como muy grave en la primera parte del numeral 2) del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, referida a la utilización del espectro radioeléctrico sin la correspondiente autorización o concesión.
264. En atención a la facultad supervisora de los servicios públicos previstas en los artículos 222 y 223 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, la autoridad instructora de la DGSC verificó que AMÉRICA MÓVIL operaba el servicio público de telecomunicaciones en la banda 2.6 MHz., con un ancho de banda de 20 MHz., dentro del rango de la banda de frecuencias 2620-2640 MHz (Down-Link) y 2500-2520 MHz. (Up-Link), sin la correspondiente concesión, según consta en las Actas N° 1272, 1273 y 1274-2017 de Verificación de Operación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Asimismo, mediante Informe N° 1351-2017-MTC/29.CGMIC.ci de fecha 4 de octubre de 2017, se concluyó que AMÉRICA MÓVIL operaba dos portadoras con tecnología LTE de modo FDD en el rango de 2620-2640 MHz y 2500-2520 MHz sin contar con título habilitante en dichas bandas.


⁷⁴ Resolución recaída bajo Expediente 2018-0423.

265. Sin embargo, a través del Informe Final de Instrucción N° 0237-2018-MTC/29.AAFI del 19 de octubre de 2018, la autoridad instructora de la DGSC recomendó el archivo de dicho procedimiento sancionador al concluir que los supuestos de hecho imputados, exigían la carencia o ausencia del título habilitante, en el caso particular de la concesión, sin embargo, AMÉRICA MÓVIL contaba con distintas concesiones, por ejemplo había suscrito el "Contrato de Concesión Única para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y Asignación del Bloque B de la Banda 698-806 MHz. a Nivel Nacional".
266. De acuerdo a lo expuesto por la autoridad instructora de la DGSC, la conducta de AMÉRICA MÓVIL corroborada a partir de las inspecciones técnicas - operatividad del servicio público de telecomunicaciones en la banda 2.6 GHz -, no se subsumía en los tipos administrativos imputados en su contra, toda vez que, contrariamente a lo afirmado en las actas suscritas, la imputada si contaba con concesiones vinculadas al uso del espectro radioeléctrico. Cabe indicar que por Resolución Directoral N° 1386-2018-MTC/29 de fecha 27 de noviembre de 2018, la autoridad sancionadora de la DGSC acogió la recomendación de la autoridad instructora y resolvió archivar el mencionado procedimiento sancionador.
267. De la información previamente detallada, se desprende que la autoridad sancionadora de la DGSC obtuvo todos los medios probatorios necesarios para sancionar a AMÉRICA MÓVIL al acreditar que dicha empresa utilizó una porción del espectro radioeléctrico que no le fue asignada en sus concesiones⁷⁵; no obstante, consideró que existía una falta de precisión en la imputación formulada pues debió imputarse la presunta comisión de la infracción contenida en la segunda parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y no los numerales 1 (primera parte) y 2 (primera parte) del artículo 87° de la referida norma.
268. Posteriormente, el 18 de octubre de 2018, la autoridad instructora de la DGSC, a través de la Resolución Administrativa N° 0445-2018-MTC/29.AAFI, sustentada en el Informe N° 1424-2018-MTC/29.CGIMC.CI del 18 de octubre de 2018, dispuso iniciar un nuevo procedimiento sancionador contra AMÉRICA MÓVIL por la presunta comisión de las siguientes infracciones:

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

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

⁷⁵

Mediante Informe N° 1351-2017-MTC/29.CGIMC.ci de fecha 4 de octubre de 2017, se verificó que las portadoras LTE (FDD) están interfiriendo a la banda WIMAX (TDD) y ocupando banda de frecuencias concesionadas a la empresa Cable Visión y TVS.

269. Posteriormente, con fecha 4 de julio de 2019, la autoridad instructora de la DGSC, elevó a la autoridad sancionadora de la DGSC el Informe Final de Instrucción N° 350-2019-MTC/29.02.I, proponiendo: (i) se dicte como medida correctiva que AMÉRICA MÓVIL cese la conducta infractora en un plazo de sesenta (60) días hábiles; (ii) archivar el procedimiento sancionador por las infracciones tipificadas en el numeral 2) del artículo 87° y el numeral 10 del artículo 88° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, al haberse configurado la causal de eximente de responsabilidad recogida en los literales e) y f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG; y, (iii) archivar el procedimiento sancionador por la infracción tipificada en el numeral 6) del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, al no existir elementos suficientes que corroboren la comisión de la infracción.
270. Por su parte, la autoridad resolutoria de la DGSC, emitió la Resolución Directoral N° 896-2019-MTC/29.03 del 14 de octubre de 2019 que acoge dicha recomendación y resuelve archivar el procedimiento sancionador iniciado contra AMÉRICA MÓVIL por las infracciones muy graves tipificadas en la parte final del numeral 2) del artículo 87°, numeral 6) del artículo 87° y numeral 10) del artículo 88° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
271. Sin perjuicio de la decisión final de archivo, en el marco de este segundo procedimiento sancionador, la autoridad instructora de la DGSC constató a partir de las actuaciones de instrucción realizadas que, AMÉRICA MÓVIL contaba con los títulos habilitantes respectivos⁷⁶ para utilizar las siguientes porciones de espectro radioeléctrico:

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

Bandas 824-849 MHz y 869-894 MHz				
Banda	Rango de frecuencias (MHz)		Empresa	Área de Asignación
	Ida	Retorno		
B	835 - 845	880-890	América Móvil Perú S.A.C.	A nivel nacional
	845,5 - 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, expedida en el expediente N° 2018-667

⁷⁶

Mediante las siguientes resoluciones, el MTC asignó determinadas porciones del espectro radioeléctrico a AMÉRICA MÓVIL:

- (vi) Resolución Ministerial N° 530-2016-MTC/01.03, de 19 de julio de 2016.
- (vii) Resolución Ministerial N° 436-2008-MTC/03, de 24 de julio de 2008.
- (viii) Resolución Ministerial N° 518-2007-MTC/03, de 13 de setiembre de 2007.
- (ix) Resolución Directoral N° 072-2007-MTC/27, de 20 de setiembre de 2007.
- (x) Resolución Viceministerial N° 167-2000-MTC/15.03, de 5 de mayo de 2000.

272. Sin embargo, pudo constatar fehacientemente que AMÉRICA MÓVIL no contaba con ningún título habilitante que le permitiese utilizar la banda 2.6 MHz del espectro radioeléctrico.
273. En este sentido, de los medios probatorios actuados en el marco del primer procedimiento sancionador y de las posteriores constataciones realizadas, la autoridad resolutive de la SDGC determinó que AMÉRICA MÓVIL venía utilizando la banda 2.6 GHz, para la cual no tenía habilitación, de acuerdo a los siguientes fundamentos:
- (i) El MTC verificó que AMÉRICA MÓVIL operaba la banda 2.6 MHz a través de las siguientes actas: 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. Las actas se emitieron en el marco de la verificación de operación de los servicios públicos de telecomunicaciones.
 - (i) Posteriormente, se realizaron diversas inspecciones para corroborar la infracción imputada a AMÉRICA MÓVIL. Así, en base a diversos elementos de juicio, la autoridad instructora de la DGSC concluyó que se encontraba acreditado que AMÉRICA MÓVIL utilizaba la banda 2.6 MHz del espectro radioeléctrico.
 - (ii) Mediante actas de inspección N° 238-2018, 241-2018, 242-2018, 244-2018, 239-2018, 240-2018, 243-2018, 245-2018, 246-2018, 247-2018, 248-2018, 249-2018, la autoridad instructora de la DGSC corroboró la comisión de la infracción imputada a AMÉRICA MÓVIL. El detalle de las actas es el siguiente:

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

- (iii) La autoridad resolutive de la DGSC señaló que AMÉRICA MÓVIL no contaba con asignación de espectro radioeléctrico en la banda 2.6, por lo que dicha empresa no se encontraba autorizada a usar las frecuencias indicadas.

274. En tal sentido, la autoridad resolutive de la DGSC encargada de determinar la comisión de la infracción y aplicar las sanciones que correspondan, concluyó que AMÉRICA MÓVIL utilizó la banda de frecuencia referida sin contar con un título habilitante correspondiente, configurándose, de esa manera, la infracción prevista en la parte final del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

275. El Cuerpo Colegiado Permanente, en la misma línea que lo desarrollado por la STCCO en su Informe Instructivo, comparte la conclusión realizada por la DGSC respecto a que AMÉRICA MÓVIL infringió la parte final del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, en el marco del procedimiento administrativo sancionador tramitado bajo el Expediente N° 2018-0667. Ello, debido a que de todo el material probatorio obrante en dicho expediente, quedó fehacientemente acreditado que AMÉRICA MÓVIL utilizó la banda de frecuencias 2.6 del espectro radioeléctrico, sin contar con el título habilitante respectivo, a saber, una resolución directoral o viceministerial que autorice el uso de la referida banda.

5.2.3. Sobre la configuración de la conducta de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

276. De acuerdo a lo expresado por la doctrina, el supuesto de violación de normas ocurre cuando una *"infracción [a una norma imperativa] afecte de forma positiva la posición competitiva del infractor, al romper el principio de igualdad frente a otros competidores que sí cumplen con la ley"*⁷⁷.
277. Por su parte, la SDC del INDECOPI ha referido que dicha infracción *"consiste en la realización de conductas que tengan como efecto, real o potencial, valerse de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas correspondientes a un determinado ordenamiento sectorial"*⁷⁸.
278. Desde la perspectiva de su vocación normativa, las normas jurídicas se clasifican en imperativas y supletorias. La norma imperativa es aquella que debe cumplirse obligatoriamente por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria⁷⁹. Por lo cual, las normas imperativas no admiten pacto en contrario⁸⁰.
279. En este sentido, el numeral 1 del artículo 14° de la LRCD indica que los actos de violación de normas consisten en comportamientos que tengan como efecto, real o

⁷⁷ Kresalja Rosselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.

⁷⁸ Resolución de la SDC del Tribunal del INDECOPI N° 0200-2016/SDC-INDECOPI de fecha 21 de abril de 2016, recaída bajo Expediente N° 0110-2014/CCD, emitida en el marco del procedimiento seguido por Llama Gas Pucallpa S.A. contra GLP Amazónico S.A.C.

⁷⁹ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Décima Edición, Lima, 2009, p. 99.

⁸⁰ Al respecto, diversos autores relacionan el concepto de orden público con las normas imperativas, pues el orden público, precisamente, está constituido por un conjunto de normas jurídicas de carácter imperativo. Así, por ejemplo, Landa Arroyo señala que *"El orden público es aquel mínimo indispensable establecido por el Estado para la convivencia pacífica y armónica de la sociedad, en atención a los fines señalados por nuestra Constitución Política y los mandatos que de ella se deriven. En atención a que tal mínimo indispensable se establece mediante normas, las cuales son aprobadas por el Parlamento, estas resultan imperativas; es decir, no admiten pacto en contrario. Son producto de la voluntad democrática y en ella se sustentan (o deberían hacerlo)." (LANDA ARROYO, Cesar. La constitucionalización del derecho civil: El Derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y límites. Themis, 2014 66, pp. 316-317).*

Por su parte, Rubio indica que *"(...) el orden público podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no pueden escapar ni la conducta del órganos del Estado ni la de los particulares. Para ello, el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario." (RUBIO CORREA, Marcial. El título preliminar del Código Civil. Fondo Editorial PUCP, novena edición, Lima, 2008 p. 94).*

potencial, valerse de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. Para determinar la existencia de dicha infracción, la autoridad debe evaluar la mejor posición competitiva obtenida a través de la infracción de las normas imperativas.

"LRCD

Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

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

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

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

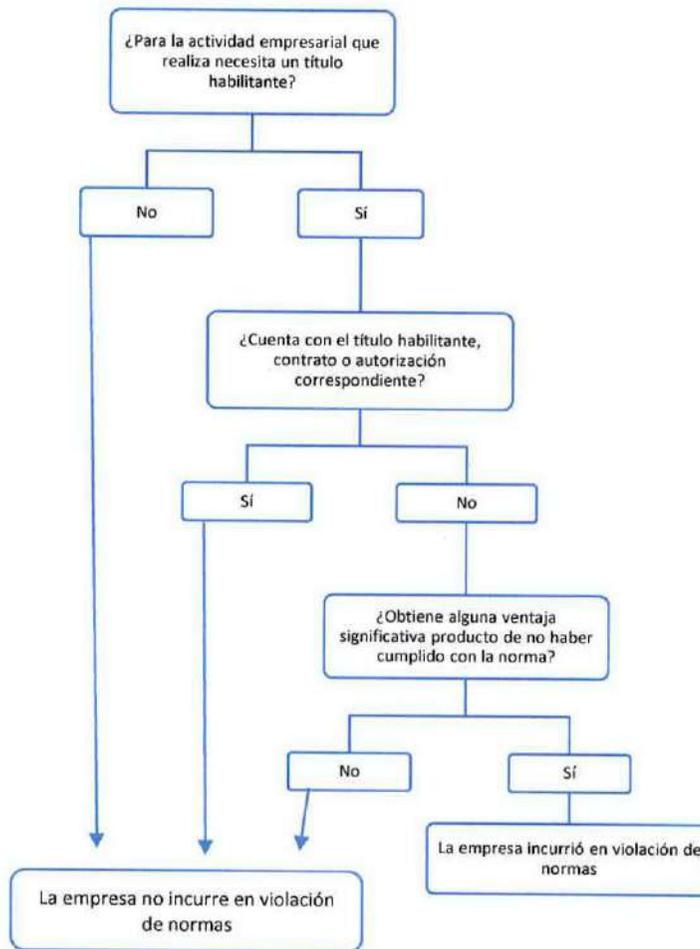
b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe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

280. De acuerdo con el marco normativo desarrollado en la presente resolución, a criterio del Cuerpo Colegiado Permanente, el análisis del tipo infractor contenido en el numeral 1 del artículo 14° de la LRCD comprende lo siguiente: (i) la existencia de una conducta consistente en la infracción de una norma imperativa de un ordenamiento jurídico sectorial, y (ii) la existencia de un efecto real o potencial que radica en la consecución de una ventaja competitiva significativa como resultado de la infracción.
281. En cuanto al primer elemento de análisis del tipo infractor, la evaluación de la norma imperativa infringida, el numeral 2 del artículo 14° de la LRCD establece dos modalidades para acreditar la infracción a una norma sectorial de carácter imperativo, la cual para el caso en concreto, se encuentra establecida en el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones que regula las condiciones de uso del espectro radioeléctrico por parte de los concesionarios.
282. La primera modalidad consiste en probar la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine la infracción a la norma imperativa sectorial, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de la decisión referida.
283. De otro lado, la segunda modalidad ocurre cuando un agente económico, obligado a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar una actividad empresarial concreta, no acredite documentalmente su tenencia. Si es necesario, la autoridad puede requerir un informe para evaluar la existencia de la autorización correspondiente.
284. De lo anteriormente expuesto, se desprende que a efectos de acreditar la configuración de la conducta descrita en la segunda modalidad del artículo 14.2 de la LRCD, deberá determinarse si: (i) AMÉRICA MÓVIL vulneró la normativa sectorial de carácter imperativo referida a las condiciones de uso del espectro radioeléctrico, esto es, si

explotó la banda 2.6 GHz sin contar con las autorizaciones exigidas por la normativa sectorial; y, (ii) si producto de dicha conducta, obtuvo una ventaja significativa ilícita respecto de aquellos competidores que actúan en el marco de la ley.

285. En el presente apartado, se evaluará el primer aspecto previamente enunciado referido a la acreditación de la vulneración a la normativa sectorial imperativa sobre las condiciones de uso del espectro radioeléctrico por parte de AMÉRICA MÓVIL al haber prestado servicios móviles explotando la banda 2.6 GHz para la cual no tenía autorización previa y expresa por parte del órgano competente.
286. En el siguiente diagrama se detalla la metodología de análisis aplicable para la evaluación de infracciones por el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

Gráfico N° 13: Análisis de la conducta de violación de normas



Elaboración: Cuerpo Colegiado Permanente

287. Como se refirió previamente, la imputación de cargos formulada contra AMÉRICA MÓVIL, determinó que la normas sectoriales imperativas presuntamente vulneradas por la empresa investigada se encontraban contenidas en los artículos 117° y 204° del TUO

del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, norma de desarrollo reglamentario que determinó las condiciones del uso del espectro radioeléctrico en el sector telecomunicaciones y estableció la obligatoriedad de contar con un título habilitante emitido por el MTC que faculte el uso del espectro radioeléctrico por parte del concesionario.

288. En efecto, el artículo 204° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones precisó que, además de la respectiva concesión en el caso de servicios públicos de telecomunicaciones, la asignación de determinada porción del espectro radioeléctrico a un concesionario se realiza mediante resolución directoral. Dicha asignación se efectúa por concurso público en las provincias de Lima y Callao.
289. Por su parte, el artículo 117° del TUO del Reglamento señala que las porciones de espectro asociadas a concesiones pueden ser transferidas con la aprobación previa y expresa del MTC. Dicha aprobación se formaliza mediante resolución viceministerial.
290. De la revisión de los citados artículos, se aprecia que las condiciones de uso del espectro radioeléctrico establecidas son de carácter imperativo, es decir, de obligatorio cumplimiento. En efecto, las condiciones y requisitos establecidos en los artículos referidos señalan que la asignación de espectro o la transferencia de espectro deben realizarse necesariamente a través de una decisión previa y expresa por parte del MTC.
291. En este sentido, los títulos habilitantes con los que debió contar AMÉRICA MÓVIL para hacer un uso lícito de la banda de frecuencia 2.6 MHz., para prestar servicios de telecomunicaciones, eran los siguientes: (i) Resolución Directoral que asigne determina frecuencia de espectro radioeléctrico mediante concurso público en la provincia de Lima y Callao; o, (ii) Resolución Viceministerial que aprueba la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión.
292. Sin embargo, a partir del 29 de mayo de 2019, la Norma de Arrendamiento de Espectro agregó una autorización adicional para utilizar el espectro radioeléctrico por parte de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones. Así, el artículo 6°, inciso 5, de la Norma de Arrendamiento de Espectro indica que el titular de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones que cuente con asignación de espectro radioeléctrico puede arrendarlo a otros titulares de los referidos servicios, previo permiso emitido por el despacho Viceministerial de Comunicaciones del MTC⁸¹.
293. En esa misma línea, el artículo 18° de la Norma de Arrendamiento de Espectro señaló que el permiso de arrendamiento, así como la modificación o renovación del contrato de arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico, era otorgado por resolución viceministerial del Despacho de Comunicaciones, donde se establecen las condiciones, obligaciones y compromisos de acuerdo al artículo 14° de la Norma de Arrendamiento de Espectro.

⁸¹ Norma de Arrendamiento de Espectro

"Artículo 6.- Condiciones para el arrendamiento de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico (...)

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

294. Además, la Única Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de Arrendamiento de Espectro estableció que los acuerdos de comercialización de servicios o tráfico que utilicen, como medio de transmisión, alguna porción de espectro radioeléctrico, sobre el cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso, deben adecuarse a las disposiciones contenidas en la Norma de Arrendamiento de Espectro, en el plazo de seis (6) meses, contado desde el día de siguiente de la publicación de dicho reglamento en el Diario Oficial el Peruano.
295. Dicha disposición consigna un plazo de adecuación de los contratos comercialización de servicios o tráfico mediante los cuales se utilice el espectro radioeléctrico - suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento -, para que las partes de los referidos contratos obtengan el permiso de arrendamiento de espectro radioeléctrico mediante la correspondiente resolución viceministerial.
296. En virtud de ello, en la actualidad, existen tres mecanismos que autorizan el uso de determinadas porciones del espectro radioeléctrico, en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones:
- (i) Resolución Directoral que asigne determinada frecuencia de espectro radioeléctrico mediante concurso público en la provincia de Lima y Callao.
 - (ii) Resolución Viceministerial que aprueba la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión.
 - (iii) Resolución Viceministerial que otorga el permiso para el arrendamiento para el uso de espectro radioeléctrico.
297. En este sentido, dado que la infracción de violación de normas prevista en el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD establece que la carga de la prueba recae en el agente investigado, quien debe acreditar documentalmente la tenencia de las autorizaciones, contratos o títulos habilitantes que se requieren para desarrollar su actividad económica de manera lícita. No obstante, a lo largo del presente procedimiento, 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, obtenida de modo previo a la imputación de cargos
298. Conforme fue previamente expuesto, la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro incluye un tercer título habilitante, a saber, el permiso de arrendamiento de espectro. En este sentido, si bien AMÉRICA MÓVIL presentó los permisos de arrendamiento conferidos por el MTC, de fecha 20 de enero de 2020, los mismos que surten efectos partir de su emisión, dicha circunstancia únicamente habría determinado el cese del periodo en que se ha extendido la conducta infractora en tanto durante el período materia de investigación la explotación del espectro de sus empresas vinculadas no se encontraba autorizado por ninguno de los títulos habilitantes previstos en la legislación sectorial.
299. Es importante destacar además, que los permisos conferidos por el MTC evalúan las solicitudes de permiso de arrendamiento presentadas por las empresas integrantes del Grupo América Móvil en el marco del cumplimiento de las condiciones técnicas y legales establecidas en la Norma de Arrendamiento; sin embargo, las Resoluciones

Viceministeriales N° 0049-2020-MTC/03 y N° 0050-2020-MTC/03 no se pronuncian respecto al contrato de comercialización materia de evaluación, ni tampoco evalúan la utilización del espectro radioeléctrico correspondiente al período previo a la presentación de dichas solicitudes. Es decir, el otorgamiento de los permisos de arrendamiento no tienen un efecto retroactivo respecto al período anterior al 20 de enero de 2020, fecha en la cual AMÉRICA MÓVIL obtiene los títulos habilitantes respectivos, coaccionada en cierta medida, por el plazo de adecuación establecido en la Norma de Arrendamiento de Espectro.

300. Sin perjuicio de ello, el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD faculta a la agencia de competencia a requerir la información necesaria para evaluar la existencia o no, de la autorización correspondiente que habilite a un determinado agente económico a desarrollar su actividad en el mercado de manera lícita. En atención a dicha prerrogativa, la STCCO, a través del Oficio N° 305-STCCO/2018 del 2 de octubre de 2018, le requirió informar a la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC (en lo sucesivo, la DGCC), entre otros aspectos, si el MTC había aprobado la transferencia de espectro de las empresas Cablevisión y TVS u otras empresas de telecomunicaciones, en la banda 2.6 GHz a favor de AMÉRICA MÓVIL.
301. En este sentido, por Oficio N° 21157-2018-MTC/27 recibido el 24 de octubre de 2018, la DGCC presentó el Informe N° 2037-2018-MTC/27, a través del cual manifestó 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"*.
302. Además, en dicha oportunidad, la DGCC confirmó que las habilitaciones de uso del espectro radioeléctrico se otorgaban únicamente a través de Resoluciones Directorales (para el caso de asignación de espectro radioeléctrico) y la Resolución Viceministerial (para el caso de transferencia de concesión con espectro radioeléctrico), y que todo asunto relacionado al uso de dicho recurso debía ser aprobado expresamente por el MTC.

"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 faculden el uso del espectro radioeléctrico". (Énfasis agregado)

303. Posteriormente, a través del Oficio N° 20488-2018-MTC/03 recibido el 12 de octubre de 2018, la DGCC informó al OSIPTEL que había remitido comunicaciones a diversas empresas operadoras, entre ellas, AMERICA MOVIL, OLO y TVS, indicándoles lo siguiente:

"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)

304. Asimismo la DGCC informó al OSIPTEL que, realizaría diversas acciones de supervisión a fin de salvaguardar el buen uso del espectro radioeléctrico, en tanto advertía un uso ilícito del espectro radioeléctrico a través de la celebración de contratos de comercialización publicados en la página web del OSIPTEL, a saber los acuerdos de comercialización suscritos entre las empresas integrantes del grupo AMÉRICA MÓVIL.

"(...) este despacho ha tomado conocimiento de los Acuerdos de Comercialización de conocimiento público que aparecen en la página web del OSIPTEL, en cuyo objeto se menciona la comercialización a través de frecuencias en las bandas IMT, lo cual no cuenta con aprobación expresa de este Ministerio por lo que se realizarán las acciones pertinentes para salvaguardar el buen uso del ERE como recurso natural de dimensiones limitadas". (Énfasis agregado)

305. En atención a dicha información, la STCCO a través del Oficio N° 339-STCCO/2018, le consultó a la DGCC, dado el tenor de las cartas remitidas a las operadoras⁸², entre otra información, si los acuerdos de comercialización de tráfico y/o servicios suscritos por las empresas integrantes del grupo AMÉRICA MÓVIL -que involucrarían el uso de varias porciones de espectro radioeléctrico-, podían ser convalidados o aprobados por su despacho, y si dicha aprobación tenía el carácter de una autorización o habilitación otorgada por el MTC.
306. Sin embargo, la DGCC, a través del Oficio N° 22655-2018-MTC/27 de fecha 14 de noviembre de 2018, reiteró de forma expresa, que los contratos de comercialización de tráfico y/o servicios no podían involucrar el uso del espectro radioeléctrico, pues para dicho fin, la regulación sectorial únicamente había establecido los mecanismos de asignación a través de Resolución Directoral, o transferencia en el caso de Resoluciones Viceministeriales. Sin embargo, reiteró que cualquier pretensión más allá de las previamente mencionadas, requería necesariamente de una autorización previa por parte del MTC para tener 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)

307. Posteriormente, el 22 de enero de 2020, AMÉRICA MÓVIL informó que el Viceministro de Comunicaciones, a través de las Resoluciones Viceministeriales N° 0049-2020-MTC/03 y N° 0050-2020-MTC/03 del 20 de enero de 2020, resolvió otorgarle los permisos de arrendamiento de porciones de espectro radioeléctrico en la banda 2.6 MHz - asignadas a TVS mediante Resolución Directoral N° 229-2019-MTC/27, y OLO mediante Resolución Directoral N° 230-2019-MTC/27 -, para el uso, aprovechamiento y/o explotación por parte de AMÉRICA MÓVIL, en aplicación de las disposiciones de la Norma de Arrendamiento de Espectro.

⁸²

En todas las comunicaciones remitidas a los operadores, la DGCC indica que los operadores debían regularizar el trámite de solicitud de aprobación de cualquier acuerdo de comercialización que involucre alguna porción del espectro radioeléctrico suscrito con otra empresa.

308. En este sentido, de la información obrante en el expediente, este Cuerpo Colegiado Permanente concluye lo siguiente:

- (i) Es un hecho acreditado en el expediente e incluso de conocimiento público, como bien refirió el propio MTC, que AMÉRICA MÓVIL utilizaba la banda 2.6 GHz del espectro radioeléctrico valiéndose de contratos de comercialización de tráficos y/o servicios convencionales cuya ejecución facilitaba una utilización de una porción de espectro radioeléctrico como medio de transmisión sobre la cual no tenía derecho de uso.
- (ii) En toda la etapa instructiva del procedimiento, AMÉRICA MÓVIL no presentó ninguna defensa de fondo que desvirtúe el hecho de que ha utilizado la banda 2.6 GHz a través de contratos de comercialización que no contaban con ningún tipo de autorización previa y expresa por parte del MTC.
- (iii) El derecho de uso sobre el mencionado recurso, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro, sólo se confería a través de dos títulos habilitantes: Resolución Directoral (para el caso de asignación de espectro radioeléctrico) y la Resolución Viceministerial (para el caso de transferencia de concesión con espectro radioeléctrico).
- (iv) AMÉRICA MÓVIL no contaba con ninguno de los títulos habilitantes previamente referidos para hacer un uso lícito de la banda 2.6 MHz del espectro radioeléctrico. En toda la etapa instructiva, AMÉRICA MÓVIL no presentó título habilitante alguno previo emitido por el MTC que la facultase a usar y explotar el espectro radioeléctrico de sus vinculadas, para el período previo al 20 de enero de 2020.
- (v) El propio MTC ratificó que los contratos de comercialización no constituían un título habilitante para el uso del espectro radioeléctrico y que todo tipo de uso debía contar con una autorización previa y expresa por parte del MTC.
- (vi) Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento, el MTC reguló el procedimiento para la obtención de permisos de arrendamiento de espectro radioeléctrico, incluyendo un tercer título habilitante. Dicha norma entiende por arrendamiento a cualquier esquema técnico, jurídico, comercial o económico que implique la compartición y/o uso, aprovechamiento o explotación de frecuencias cuyos efectos sean similares al del arrendamiento. En este sentido, la norma incluye dentro de su ámbito de aplicación, la comercialización de servicios y/o tráfico que involucra la utilización, como medio de transmisión de alguna porción de espectro radioeléctrico sobre la cual alguno de los concesionarios tiene derecho de uso, siempre que se cuenten con el permiso previo y expreso por parte del MTC.
- (vii) La Norma de Arrendamiento de Espectro confirió un plazo de seis (6) meses a partir de su entrada en vigencia, para que los comercializadores previamente referidos, se adecúen al régimen previsto en dicha norma obteniendo sus permisos de arrendamiento al amparo de la Norma de Arrendamiento de Espectro.

(viii) AMÉRICA MÓVIL obtuvo una autorización expresa para utilizar la banda 2.6 MHz de titularidad de sus empresas vinculadas OLO y TVS, a partir del 20 de enero de 2020, fecha en la que se emite su respectivo permiso de arrendamiento. Por tanto, la conducta desleal evaluada, de hacer uso de una banda de espectro sin título habilitante, ha cesado recién en dicha fecha.

309. En atención a lo previamente expuesto, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que se ha acreditado que la empresa AMÉRICA MÓVIL ha venido utilizando la banda 2.6 GHz sin contar con un título habilitante conferido por el MTC desde noviembre del 2016, fecha en la que comenzó a reportar cobertura en la banda 2.6 GHz, hasta el 20 de enero de 2020, fecha de emisión de los respectivos permisos de arrendamiento de espectro que la habilitan a utilizar la banda 2.6 GHz.

5.2.4. Los argumentos de defensa presentados por AMÉRICA MÓVIL

a) Sobre la norma imperativa vulnerada que exige el artículo 14.2 de la LRCO

310. AMÉRICA MÓVIL sustenta su defensa en el hecho que el supuesto de violación de normas contenido en la LRCO requiere que exista una infracción a una norma imperativa sectorial, siendo que, en el presente caso, la norma imperativa sectorial vulnerada es el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, particularmente, el segundo supuesto de dicha norma.

311. Al respecto, es preciso mencionar que, si bien la denuncia presentada por TELEFÓNICA, expresó que la norma imperativa vulnerada era el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, la STCCO en su calidad de órgano instructor, encauzó dicha denuncia, delimitando los alcances de la imputación formulada contra AMÉRICA MÓVIL, en atención a la propia naturaleza del presente procedimiento sancionador, dejando claramente establecido que dicho artículo no era la norma imperativa vulnerada.

312. En efecto, al encontrarnos ante un procedimiento sancionador, la denuncia no determina el contenido de la imputación pues es la autoridad administrativa quien tiene la titularidad de la acción y, en ese sentido, es la única que puede determinar el contenido de la imputación.

313. Con relación a lo anteriormente señalado, el Informe de Actuaciones Previas N° 018-STCCO/2018, indicó de manera expresa que AMÉRICA MÓVIL había presuntamente vulnerado las siguientes normas imperativas sectoriales:

- El artículo 204° del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC (en adelante, el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), que establece lo siguiente: **"El uso del espectro radioeléctrico requiere de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente, según sea el caso, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento. Tratándose de servicios públicos de telecomunicaciones la asignación se hará mediante resolución directoral del órgano competente del Ministerio"**.

- El artículo 117° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, que establece: "(...) *Las concesiones y las asignaciones de espectro relativas a aquéllas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, la cual será formalizada mediante **resolución viceministerial***".
314. En atención a la recomendación, mediante Resolución N° 065-2018-CCP/OSIPTEL, se dio inicio al procedimiento sancionador en contra de AMÉRICA MÓVIL por el hecho de no estar en capacidad de acreditar la tenencia de una autorización administrativa (Resolución Directoral o Viceministerial expedida por el MTC), exigida por los artículos previamente establecidos, para utilizar y explotar el espectro radioeléctrico, corroborándose la infracción a una norma imperativa.
315. De igual forma, mediante Resolución N° 009-2019-TSC/OSIPTEL, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL señaló que en el presente procedimiento sancionador, se imputó a AMÉRICA MÓVIL la comisión de la infracción tipificada en artículo 14 de la LRCD y que la STCCO sustentó el inicio del procedimiento en la vulneración de las normas imperativas que exigen títulos habilitantes para que AMÉRICA MÓVIL explote la Banda 2.6 del espectro radioeléctrico. En consecuencia, la imputación de cargos expuso claramente el acto de competencia desleal atribuido a AMÉRICA MÓVIL.
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.
317. Es importante mencionar que la normativa sectorial en telecomunicaciones contempla una tipificación por remisión en la cual determinados artículos del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones contienen normas de carácter imperativo que describen las obligaciones específicas de los concesionarios respecto al uso del espectro – como es el caso de los artículos 117° y 204° - mientras que la tipificación de las infracción pasibles de ser sancionadas por el MTC ante el incumplimiento de dichas obligaciones se encuentran desarrolladas en los artículos 87.1, 87.2, 88 y otros del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
318. En este sentido, el MTC tiene por función sancionar el uso del espectro radioeléctrico sin la respectiva autorización o la utilización del mismo en una banda distinta a la asignada de acuerdo a la infracción prevista en el artículo 82.7 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones; mientras que el OSIPTEL por su parte, busca a través de la conducta de violación de normas, sancionar el hecho que un agente económico 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.
319. Así, cada entidad en el sector telecomunicaciones cumple con fines distintos, pues corresponde al MTC – y no al OSIPTEL – sancionar a AMÉRICA MÓVIL por la infracción prevista en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones cuando existan

concesionarios que incumplan las obligaciones específicas del sector telecomunicaciones; mientras que, por su parte corresponde al OSIPTEL evaluar si producto de la vulneración de alguna de las obligaciones sectoriales, el concesionario generó para sí una ventaja ilícita respecto a sus competidores.

- 320. Por tanto, AMÉRICA MÓVIL no puede pretender aducir los mismos argumentos planteados ante el MTC para que se archive el presente procedimiento, pues se tratan de procedimientos de naturaleza distinta, en los cuales el MTC y el OSIPTEL buscan acreditar la comisión de infracciones de distinta naturaleza.
- 321. En este sentido, es una función exclusiva del MTC y no del OSIPTEL, formular una imputación de cargos contra AMÉRICA MÓVIL por el incumplimiento de sus obligaciones sectoriales como concesionario, definiendo adecuadamente los alcances de la misma, esto es, delimitando si las obligaciones sectoriales incumplidas sobre el uso del espectro establecidas en la norma de desarrollo reglamentario, se encuentran tipificadas con mayor o mejor precisión en determinados artículos del TUO de la Ley de Telecomunicaciones. Por ejemplo, si la conducta realizada por AMÉRICA MÓVIL corresponde a la primera o segunda parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones (utilización del espectro sin la respectiva autorización o el uso de frecuencias no autorizadas), o en los numerales 13 y 18 del artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, recientemente incorporados por la Norma de Arrendamiento de Espectro.
- 322. Por tanto, queda claro que mientras en el segundo procedimiento sancionador tramitado ante el MTC, se imputó a AMÉRICA MÓVIL el uso de frecuencias de espectro distintas a las autorizadas por dicha entidad, de acuerdo a la segunda parte del numeral 2) del artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones; en este caso, el Cuerpo Colegiado Permanente evalúa su concurrencia en el mercado de telecomunicaciones utilizando la banda de espectro 2.6 MHz para la cual no tenía hasta el 20 de enero de 2020 la autorización previa y expresa por parte del órgano competente, de acuerdo al literal b) del artículo 14.2 b) de la LRCD.
- 323. En atención a las consideraciones previamente expuestas, corresponde desestimar los argumentos planteados por AMÉRICA MÓVIL referidos a que se considere que la norma imperativa vulnerada a la que hace referencia el artículo 14° de la LRCD, se encuentra contenida en el segundo supuesto del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, bajo el cual el MTC le inició un procedimiento sancionador que derivó en un archivo.

b) Sobre la aplicación del Principio de Retroactividad al presente procedimiento sancionador

- 324. AMÉRICA MÓVIL indica que el MTC, la única autoridad competente para evaluar las condiciones de uso del espectro, decidió archivar el procedimiento sancionador por la infracción tipificada en el segundo supuesto del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones. El MTC sustentó la decisión del archivo en la aplicación del

principio de retroactividad benigna, pues la Norma de Arrendamiento de Espectro habría incorporado disposiciones administrativas más favorables para la situación jurídica de AMÉRICA MÓVIL.

325. En tal sentido, AMÉRICA MÓVIL sostiene que el Cuerpo Colegiado Permanente debe aplicar el principio de retroactividad benigna en el presente caso y, en ese sentido, disponer el archivo de la misma forma que el MTC. Ello en tanto no podría configurarse un supuesto de violación de normas sin que, primero, exista la infracción a la normativa sectorial.
326. Sobre el particular, cabe señalar que los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas constituyen tipos administrativos en blanco, es decir, el artículo 14 de la LRCD no describe de manera exhaustiva todos los elementos del tipo objetivo, sino que consigna ciertos elementos que, para ser completados, requieren de otras normas.
327. Concretamente, en el supuesto de violación de normas, la parte en blanco está constituida por la existencia de una norma imperativa que sea incumplida o inobservada. De esta manera, en el supuesto de violación de normas, la infracción administrativa está integrada por el supuesto previsto en el artículo 14.2.b, y por las normas imperativas de la regulación sectorial, para el caso en concreto los artículos 204° y 117° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.
328. Por su parte, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, el TUO de la LPAG define la retroactividad favorable o benigna de las normas jurídicas de la siguiente manera:

"TUO de la LPAG

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

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

329. El primer párrafo de la norma establece que las normas jurídicas en materia sancionatoria se aplican de manera inmediata en el momento que un administrado incurre en la infracción de una norma administrativa. Lo que implica la irretroactividad de las normas que tipifican infracciones administrativas, es decir, solamente pueden reprimirse las conductas que, al momento de ejecutarlas, estuvieran previstas como infracciones administrativas⁸³.

⁸³

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

"Constitución Política

Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

330. Ahora bien, el segundo párrafo del inciso 5 del artículo 248° del TUO de la LPAG indica que las nuevas normas que consignent infracciones administrativas producen efecto retroactivo cuando favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en la descripción de la infracción como en la consecuencia jurídica establecida en la infracción⁸⁴.
331. Así, dicho principio no excluye los tipos administrativos en blanco, en tanto las normas sectoriales completan la descripción de la infracción; por lo que, en el supuesto de que las normas imperativas sean derogadas o modificadas, el principio de retroactividad favorable debe aplicarse.
332. Al respecto, la SDC del INDECOPI ha señalado que, en los supuestos de violación de normas, si se verifica que las presuntas normas imperativas incumplidas son modificadas o derogadas, debe aplicarse el principio de retroactividad benigna, en la medida que se desprenda una situación más favorable para el infractor o presunto infractor. Textualmente, dicha sala señaló lo siguiente:

"24. En el caso de los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, si se observa que las presuntas normas imperativas que deben ser cumplidas por los agentes económicos son modificadas o derogadas, entonces deberá aplicarse la retroactividad benigna en tanto que dicha situación implique una situación más favorable para el agente imputado por un acto de competencia desleal y, con relación a la derogación, porque esto implica que la conducta que antes podía constituir un acto de competencia desleal por infracción de normas, ya constituya más tal supuesto de infracción, toda vez que la norma imperativa concreta que debía ser cumplida dejó de tener efectos y por lo tanto ya no es exigible."⁸⁵

333. Como se refirió, la STCCO, en su calidad de órgano instructor, señaló que la imputación de cargos por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción al 14.2, literal b, de la LRCD, se configuraba en cuanto a la infracción de normas imperativas descritas en los artículos 204° y 117 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, que señalan los requisitos para utilizar el espectro radioeléctrico en el caso de servicios públicos de telecomunicaciones.

(....)

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

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

⁸⁴

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

Código Penal

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

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

⁸⁵

De esta manera, la SDC del INDECOPI se pronunció en el Fundamento 24 de la Resolución N° 128-2009/SC1-INDECOPI, expedida en el Expediente N°023-2008/CDD.

334. Cabe señalar que para identificar la norma jurídica más favorable, se requiere realizar una comparación de las dos situaciones jurídicas surgidas de la reforma posterior a la comisión del ilícito. De esta manera, debe compararse la aplicación al caso de la situación vigente en el momento de la comisión del ilícito con el estado de las cosas que resulta de la reforma⁸⁶.
335. Así, por ejemplo, debe diferenciarse si la modificación normativa ha ocasionado un cambio en el supuesto de hecho (infracción) o una variación de la consecuencia jurídica (multa, inhabilitación, etcétera). Si la variación o cambio tiene lugar en el ámbito del hecho descrito como infracción, será necesario establecer si se mantiene la identidad del ilícito administrativo. Una vez afirmada la continuidad del ilícito administrativo, deberá compararse, de manera concreta, las normas administrativas que se suceden en el tiempo, para establecer cuál de dichas normas resulta la más favorable al presunto infractor o infractor⁸⁷.
336. El propósito de dicho análisis es determinar si la conducta considerada ilícita ha sufrido variaciones que impliquen la creación de una nueva situación jurídica distinta a la regulada por las normas anteriores, es decir, una situación jurídica que involucre un cambio de la valoración social de la infracción. Ello debido a que las decisiones de las autoridades administrativas, en materia sancionadora, deben adecuarse a las nuevas valoraciones sociales efectuadas por el legislador, y, además, solamente cabe analizar la aplicación del principio de retroactividad favorable si efectivamente se ha producido un cambio en la regulación de una infracción administrativa vigente.
337. De acuerdo a lo anterior, en el presente caso, a criterio de este Cuerpo Colegiado, no se aprecia que la Norma de Arrendamiento de Espectro haya modificado o derogado las disposiciones establecidas en los artículos 204 y 117 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones. Se advierte, por el contrario, que la Norma de Arrendamiento de Espectro modificó los artículos 113, 137 y 261 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y, además, incorporó diversas disposiciones sancionadoras adicionales. Por lo tanto, el argumento referido a la aplicación del principio de retroactividad, esbozado por AMÉRICA MÓVIL, no es pertinente para resolver el presente procedimiento administrativo, en tanto no se ha derogado el contenido de las normas imperativas que fueron descritas en la imputación de cargos.
338. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que AMÉRICA MÓVIL insiste en que la norma imperativa vulnerada es la segunda parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones para sustentar que el Cuerpo Colegiado debe aplicar el principio de retroactividad benigna tal como el MTC, en el expediente 2018-0667.

⁸⁶ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Ara Editores, Perú, 2004, p. 180.

⁸⁷ García Cavero señala lo siguiente respecto a la determinación de la norma penal más favorable:

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

339. Al respecto, el Cuerpo Colegiado no es competente para determinar la correcta aplicación del tipo sancionador previsto en el artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, en tanto la determinación de las infracciones y sanciones correspondientes a dicho cuerpo normativo es de competencia del MTC. No obstante, este Cuerpo Colegiado Permanente coincide con la interpretación desarrollada por la STCCO, en su Informe Instructivo N° 010-2019/STCCO, en tanto la aplicación del principio de retroactividad benigna en el régimen sancionador implica la evaluación de la valoración social de la conducta infractor en el tiempo, y que el nuevo tipo infractor prevea un escenario más favorable para el investigado.
340. En el presente caso, puede advertirse que el nuevo tipo infractor (numeral 18 del artículo 258 del TUO Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones) no contempla un escenario más ventajoso para AMÉRICA MÓVIL, ya que al igual que la segunda parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, valora como infracción muy grave utilizar el espectro radioeléctrico sin aprobación previa y expresa del MTC.
341. En ese sentido, este Cuerpo Colegiado Permanente tampoco aprecia que la valoración del comportamiento de AMÉRICA MÓVIL haya cambiado con la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro. Por el contrario, la Norma de Arrendamiento de Espectro reafirma que el uso del espectro sin las autorizaciones previas correspondientes corresponde una infracción muy grave. No puede de ser de otra manera, puesto que la Norma de Arrendamiento de Espectro, como cualquier otro reglamento, debe desarrollar los preceptos de la ley, y no contradecirlos.

c) La suscripción del acuerdo de comercialización que involucra el uso del espectro sin autorización, se encontraba permitida por la regulación sectorial

342. AMÉRICA MÓVIL ha señalado que antes de la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro, no existía una prohibición para desarrollar esquemas comerciales como el implementado por AMÉRICA MÓVIL con sus empresas vinculadas, esto es, la suscripción de acuerdos de comercialización de tráfico y/o servicios que involucra la utilización del espectro radioeléctrico sin la aprobación previa y expresa del MTC.
343. Así pues, según AMÉRICA MÓVIL, la Norma de Arrendamiento de Espectro introdujo el numeral 18 del artículo 258 del TUO Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, el cual regula de manera más específica la conducta imputada a AMÉRICA MÓVIL. De acuerdo a dicha empresa, la incorporación del referido numeral no tendría sentido si involucra una conducta que ya se encuentra tipificada.

344. Al respecto, el numeral 18 incorporado al artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señala lo siguiente:

***“TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones
Artículo 258.- Infracciones muy graves***

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

(...)

18. *El establecimiento de una relación de comercialización de servicios y/o tráfico que involucra la utilización, como medio de transmisión de alguna porción de espectro radioeléctrico sobre la cual alguno de los concesionarios tiene derecho*

de uso; lo cual incluye la compartición, cesión o cualquier otra modalidad que permita dicha utilización por parte del comercializador, sin la obtención previa y expresa del permiso de arrendamiento del MTC.

345. Sin embargo, la incorporación de dicho numeral no debe generar confusiones respecto a la tipificación del comportamiento de AMÉRICA MÓVIL, en cuanto al contrato de comercialización que involucra el uso del espectro sin autorización previa y expresa del MTC. Ello debido a que con anterioridad a la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro, constituía una infracción muy grave usar frecuencias del espectro radioeléctrico diferentes a las autorizadas, en virtud del segundo supuesto contenido en el numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
346. En ese sentido, la única autoridad que puede autorizar el uso de determinadas porciones del espectro radioeléctrico es el MTC, por lo que ningún concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones podía (y puede) autorizar a otro concesionario para utilizar determinadas porciones del espectro radioeléctrico, mediante un acuerdo de comercialización, por ejemplo.
347. Como se refirió, en el momento de la suscripción de los acuerdos de comercialización por AMÉRICA MÓVIL y sus empresas vinculadas, el artículo 138° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señalaba lo siguiente, respecto a los contratos de comercialización o reventa:

TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 139.- Comercialización o reventa

1. Se entiende por comercialización o reventa a la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica 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).

348. Como puede apreciarse, un contrato de comercialización o reventa consiste en que una persona natural o jurídica compre tráfico y/o servicios al por mayor, a fin de ofertarlos a terceros a un precio al por menor. Claramente, se consignó en el referido artículo que los revendedores o comercializadores no tienen los derechos que la normativa otorga los concesionarios, con excepción de aquellos derechos que se confieren al comercializador.
349. En tal sentido, los acuerdos de comercialización no constituirían (ni constituyen) instrumentos que autoricen a un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones para utilizar determinadas porciones del espectro. Por el contrario, los únicos instrumentos previstos en la normativa de desarrollo, el TUO del Reglamento de la que permitían utilizar el espectro por dichos concesionarios, antes de la Norma de Arrendamiento de Espectro, eran la Resolución Directoral que asigne determinada

frecuencia de espectro radioeléctrico o la Resolución Viceministerial que apruebe la transferencia de una concesión y la porción de espectro relativa a aquella concesión⁸⁸.

350. Al respecto, AMÉRICA MÓVIL tenía conocimiento pleno de la prohibición referida y de los mecanismos de autorización de uso del espectro radioeléctrico. En este sentido, al margen del hecho de la existencia de un vacío legal en la reglamentación de la figura de arrendamiento de espectro, siempre fue claro, para todos los operadores del sector que cualquier aspecto relacionado al uso y disposición del espectro radioeléctrico, requería necesariamente, una aprobación previa y expresa por parte del MTC.
351. Así pues, el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico sin la autorización previa del MTC, independientemente de la forma en la cual se realice dicho uso (por asignación, transferencia o arrendamiento) sigue siendo una infracción muy grave a la normativa de telecomunicaciones. De ahí se puede concluir que la valoración de la conducta imputada a AMÉRICA MÓVIL por el MTC no tiene una nueva valoración positiva. Dicha comparación puede apreciarse a continuación:

Conducta de AMÉRICA MÓVIL	Infracción cometida antes de la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro	Infracción que se cometería después de la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro
Haber utilizado la banda de frecuencia 2.6 del espectro radioeléctrico sin la autorización previa del MTC. Para aparentar que el uso era autorizado, suscribió un contrato de comercialización con sus empresas vinculadas.	Segundo supuesto del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.	Numeral 18 del artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

352. Por consiguiente, antes de la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro, era claramente apreciable que se encontraba prohibido establecer relaciones de comercialización de servicios y/o tráfico que involucre utilizar, como medio de transmisión, alguna porción de espectro radioeléctrico asignado a otro concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones, sin contar con autorización previa del MTC. Dicha conducta se subsumía en el segundo supuesto del numeral 2 del artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, como fue corroborado por el MTC en el expediente 2018-667.

⁸⁸ Como se refirió, dichas autorizaciones se encontraban previstas en los artículos 204 y el artículo 117 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. El artículo 204 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones precisó que la asignación de determinada porción del espectro radioeléctrico a un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones se realiza mediante resolución directoral, mediante concurso público en las provincias de Lima y Callao. Por su parte, el artículo 117 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señala que las porciones de espectro asociadas a concesiones pueden ser transferidas con la aprobación previa y expresa del MTC, mediante resolución viceministerial.

d) Sobre la interpretación del período de adecuación establecida en la Norma de Arrendamiento de Espectro

353. AMÉRICA MÓVIL sostiene que presentó los contratos de arrendamiento de espectro de las bandas de frecuencia 2.6 MHz asignadas a TVS y OLO, dentro del plazo de adecuación previsto en la Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro, disposición que habría legitimado o validado el uso del espectro radioeléctrico a través de los contratos de comercialización celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia.
354. Siguiendo esta línea de interpretación, AMÉRICA MÓVIL sostiene que a partir de la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro, no es posible que la conducta imputada en este procedimiento sea analizada como una infracción a la segunda parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, sino que deberá ser evaluada como una infracción al numeral 22 del artículo 258° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, incorporado por dicha norma.
355. La Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro contiene el siguiente supuesto de hecho:

"Norma de Arrendamiento de Espectro

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

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

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

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

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

"Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones
Artículo 258.- Infracciones muy graves

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

(...)

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

359. De acuerdo al numeral referido, constituye una infracción muy grave, además de las tipificadas en el artículo 87° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, no adecuar los contratos de comercialización de servicios y/o tráfico, en el plazo y las condiciones previstas en la Única Disposición Complementaria de la Norma de Arrendamiento de Espectro.
360. En ese sentido, se aprecia claramente que la suscripción de acuerdos de comercialización que impliquen el uso del espectro como medio de transmisión sin la previa y expresa autorización del MTC, son valorados negativamente por el legislador. Ello guarda concordancia con lo establecido en el numeral 22 del artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, que tipifica como infracción muy grave la no adecuación de los contratos de comercialización a la nueva normativa de arrendamiento de espectro, en particular para aquellas empresas que, como AMÉRICA MÓVIL, suscribieron contratos de comercialización mediante los cuales utilizaban una porción del espectro radioeléctrico sin la autorización previa del MTC.
361. De acuerdo a lo previamente expuesto, la norma de arrendamiento de espectro consigna un plazo de adecuación de los contratos comercialización o reventa de servicios o tráfico mediante los cuales se utilice el espectro radioeléctrico, para que las partes de los referidos contratos obtengan el permiso de arrendamiento de espectro radioeléctrico mediante la correspondiente resolución viceministerial.
362. De este modo, la naturaleza o característica esencial de la Disposición Complementaria Transitoria de la Norma de Arrendamiento de Espectro es eximir de responsabilidad administrativa por un período excepcional de seis (6) meses, contados desde el 29 de mayo de 2019 hasta el 29 de noviembre de 2019, a aquellos operadores que venían haciendo un uso ilícito del espectro radioeléctrico empleando contratos de comercialización sin la previa autorización del MTC, situación en la que se vería incurso AMÉRICA MÓVIL, siempre que cumpla con las condiciones para el otorgamiento del permiso de arrendamiento.
363. Transcurridos los seis (6) meses estipulados en la disposición referida, este supuesto de uso no autorizado del espectro radioeléctrico continuará siendo una infracción muy grave, como lo ha venido siendo antes de la publicación de la Norma de Arrendamiento de Espectro.
364. En atención a ello, a criterio de este Cuerpo Colegiado Permanente, en sentido estricto, el Principio de retroactividad benigna no es aplicable al presente caso. Por el contrario, los efectos de la cláusula de adecuación se dan a partir del día siguiente de la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro, por un período determinado de seis (6) meses y no de manera retroactiva.

365. La situación anterior permite que los contratos de comercialización cambien o se ajusten a las condiciones técnicas y legales establecidas en los contratos de arrendamiento previstos en la Norma de Arrendamiento de Espectro, y, de esta manera, los concesionarios que se encontraban en una situación de ilegalidad se adecúen al marco regulatorio, siempre que cumplan con los requisitos previstos en el referido reglamento, para lo cual deberán presentar sus respectivas solicitudes en un plazo excepcional de seis (6) meses, contados a partir del 29 de mayo de 2019.
366. De este modo, si bien las solicitudes de permiso de arrendamiento presentadas por AMÉRICA MÓVIL en conjunto con OLO y TVS, han cumplido con la referida adecuación, habiendo el MTC otorgado los permisos correspondientes a través de las Resoluciones Viceministeriales N° 0050-2020-MTC/03 y N° 0049-2020-MTC/03; no han quedado eximidas de la responsabilidad administrativa generada por el uso no autorizado de la banda 2.6 MHz. del espectro radioeléctrico con anterioridad a la obtención de sus respectivos permisos.
367. En consecuencia, este órgano colegiado se aparta de la interpretación realizada por la STCCO en su Informe Instructivo, respecto a los alcances de la cláusula de adecuación prevista en la Disposición Única Transitoria de la Norma de Arrendamiento, en tanto dicha cláusula no puede convalidar o legitimar un uso ilícito del espectro radioeléctrico ocurrido con anterioridad a la emisión del D.S. N° 015-2019-MTC, pues dicha norma como cualquier otra no tiene fuerza ni efectos retroactivos.
368. Asimismo, tal como ha sido previamente detallado, corresponde al MTC y no al OSIPTEL, sancionar, de ser el caso, a AMÉRICA MÓVIL formulando las imputaciones que mejor se enmarquen a las conductas desarrolladas por dicha empresa, ya sea a través del numeral 18 del artículo 258° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones o de la segunda parte del artículo 87.2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, para el período previo a la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro.
369. Sin embargo, dicho análisis, así como de cualquier otro que involucre la aplicación de los tipos infractores en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones o su Reglamento, corresponde ser efectuada por la autoridad competente, a saber, el MTC, en tanto este Cuerpo Colegiado Permanente tiene facultades que cumplen una finalidad distinta a la de preservar la libre y leal competencia en el mercado.
370. De igual forma, corresponde tener en cuenta que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7.4 de la propia Norma de Arrendamiento de Espectro, la suscripción de contratos 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.
371. En este sentido, los permisos de arrendamientos conferidos por el MTC, no eximen de responsabilidad administrativa a AMÉRICA MÓVIL por el uso ilícito del espectro radioeléctrico de manera previa a su otorgamiento, ni de cualquier otro tipo de incumplimiento a las normas de competencia que pueda generarse antes o después de dicho acto.
372. En efecto, la obtención de los permisos de arrendamiento por parte de AMÉRICA MÓVIL únicamente implican que la empresa regularizó su conducta durante el período infractor evaluado por este órgano colegiado, debiendo tomarse en consideración dicho

factor al momento de determinar la duración de la conducta ilícita para la multa que corresponda.

5.2.5. La ventaja significativa ilícita obtenida por AMÉRICA MÓVIL

373. En el presente apartado, se evaluará el segundo elemento del tipo infractor contenido en el artículo 14.2 b de la LRCO referido a la acreditación de la ventaja significativa ilícita obtenida por AMÉRICA MÓVIL, derivada de la concurrencia en el mercado de servicios móviles mediante la infracción a la normativa sectorial.
374. Cabe indicar que, en relación a este segundo elemento de la conducta infractora imputada, AMÉRICA MÓVIL no ha presentado argumentos de defensa que desvirtúen la obtención de una ventaja significativa ilícita.
375. Conforme se ha desarrollado en amplia jurisprudencia de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL en materia de violación de normas, la ventaja significativa que se puede lograr cuando se incumple con una norma imperativa puede ser de dos tipos: (i) el ahorro de los costos por incumplir la norma, (ii) la mejor posición competitiva que se logra en el mercado. Cabe destacar, que distintos pronunciamientos de las instancias de solución de controversias han confirmado que el solo ahorro de costos constituye por sí mismo, una ventaja significativa. Sin embargo, como se demostrará en las siguientes líneas, en este caso, existen importantes elementos que acreditan que América Móvil obtuvo los dos tipos de ventajas.

Gráfico N° 14: Tipos de ventaja significativa por incumplir la norma



a) Ahorro de los costos por incumplir la normativa sectorial

376. Respecto al ahorro de costos, se debe considerar que, hasta antes de la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento, existían dos formas en las que AMÉRICA MÓVIL podía obtener la licencia para explotar la banda de 2.6 GHz: i) a través de un concurso público, donde se pueda adjudicar la banda en un proceso de subasta, al igual que lo hizo con la banda de 700 MHz; y, ii) estar autorizada para explotar la banda de 2.6 GHz a partir de la transferencia de espectro aprobada por el MTC, luego de que adquirió a OLO y TVS.
377. Respecto de la primera forma, TELEFÓNICA ha argumentado que la banda de 2.6 GHz es muy valorada en el mundo, por ser una de las más usadas para la prestación de

servicios 4G y 4.5G, y contar con un amplio ecosistema de dispositivos para aprovecharla, tal como se ha desarrollado en la presente resolución. Inclusive, según la asociación 5G Americas, esta banda se considera como una que puede contribuir a desarrollar sistemas 5G en Latinoamérica, *"partiendo de su capacidad y el potencial de uso dinámico de las bandas"*⁸⁹. En efecto, los informes de la GPRC del OSIPI TEL también señalan el gran valor que tiene la banda de 2.6 GHz, y que puede llegar a tener precios significativamente elevados en una subasta pública.

378. Sin embargo, debe considerarse que, anteriormente las bandas de espectro se podían otorgar a pedido de parte, y sin un pago al Estado de por medio. De hecho, mediante Resolución N° 690-2017-MTC/17, Viettel obtuvo una licencia para operar en la banda de 2.6 GHz, asignándosele un parte de este espectro en provincias, sin realizar un pago por la asignación, aunque asumiendo un compromiso de inversión de \$USD 110 millones.
379. En ese sentido, el mecanismo de asignación directa sin pago era un mecanismo válido que AMÉRICA MÓVIL pudo usar en su oportunidad, así como lo hizo Viettel. Por lo tanto, no se podría afirmar que AMÉRICA MÓVIL ha evitado el pago de lo que podría costar una porción del espectro en una subasta, ya que esa no era la única opción para obtener espectro, de hecho pudo hacerlo a través de una opción aparentemente menos costosa, como es la solicitud de parte, sin realizar un pago de por medio y asumiendo un compromiso de inversión.
380. Si se considera que Viettel obtuvo 44 MHz en la Banda de 2.6 GHz sin pago de por medio, aunque asumiendo un compromiso de inversión de \$USD 110 millones, esto podría servir de aproximación al costo que AMÉRICA MÓVIL pudo haber ahorrado al usar de forma ilícita el espectro de la banda de 2.6 GHz asignado a otras empresas de su mismo grupo empresarial. Así, AMÉRICA MÓVIL habría obtenido una importante ventaja competitiva producto de haber evitado cumplir con la normativa de uso de espectro, y no haber obtenido la autorización para explotar la Banda de 2.6 GHz, teniendo incluso de posibilidad de obtenerla a pedido de parte.

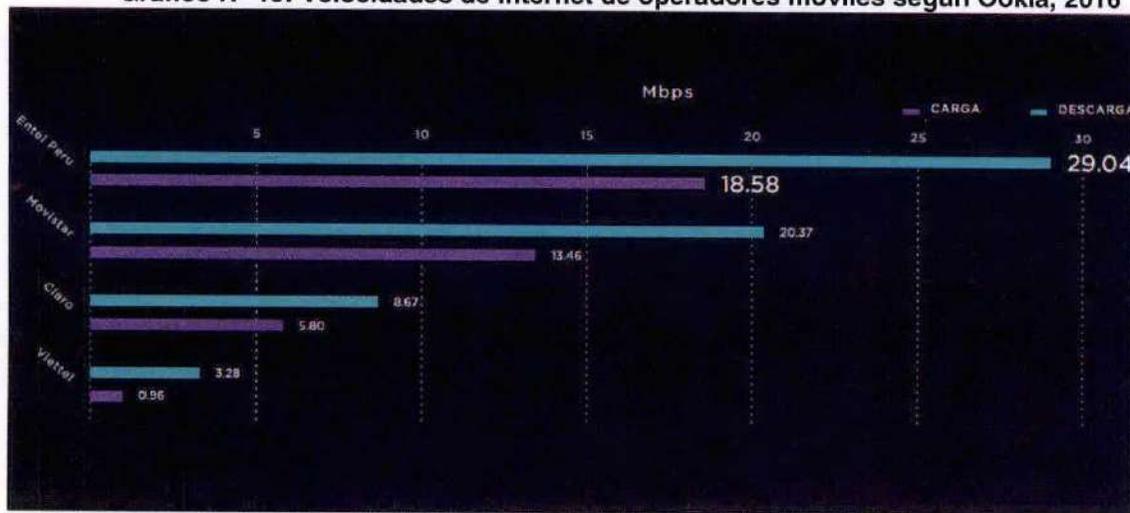
b) La mejor posición competitiva en el mercado

381. Tal como se ha comprobado, AMÉRICA MÓVIL ha realizado una actividad económica, en este caso la explotación del espectro radioeléctrico en la banda de 2.6 GHz, sin contar con el correspondiente título habilitante, lo cual ha generado que se coloque en una mejor posición que sus competidores por motivos distintos a su propia eficiencia.
382. Al respecto, se podría evaluar como la calidad del servicio de AMÉRICA MÓVIL se ha incrementado a partir del uso de más espectro en los últimos años, incluyendo el uso de la banda de 2.6 GHz, para la provisión de servicios 4G LTE y de 4.5G.
383. La banda de 2.6 GHz es una banda alta, y una de sus mayores cualidades, es su capacidad para permitir altas velocidades de transmisión de datos. Precisamente, esta cualidad de la banda de 2.6 GHz ha llevado al considerable incremento en la velocidad promedio que logran los usuarios de AMÉRICA MÓVIL.

⁸⁹ 5G Americas (2019). "Estado de las bandas de espectro radioeléctrico en América Latina: 600 MHz, 700 MHz, 2.300 MHz, 2.500 MHz y 3.500 MHz". White Paper, julio de 2019.

384. A continuación, se analizarán las velocidades promedio de los operadores móviles según dos empresas especializadas en la materia, las cuales, a partir de test de velocidad ejecutados por los usuarios de servicios de internet, generan indicadores agregados que ponen a disposición del público en general.
385. En concreto, se usarán la información reportada por Ookla y OpenSignal, las cuales pueden ser una buena referencia para conocer las características de velocidades de las redes de los operadores móviles.
386. De acuerdo con la información publicada por Ookla el 27 de septiembre de 2016⁹⁰, la velocidad promedio que mostraba la red móvil de AMÉRICA MÓVIL para la descarga de datos era de aproximadamente 8.67 Mbps, mientras que la velocidad de carga de datos era de 5.80 Mbps. Como se puede ver en el siguiente gráfico, AMÉRICA MÓVIL se ubicaba en el tercer lugar, tanto en lo que respecta a la velocidad de carga, como a la velocidad de descarga, luego de operadores como Entel y TELEFÓNICA, respectivamente.
387. Además, se observa que la diferencia entre el primer operador en el ranking, Entel, y AMÉRICA MÓVIL, es considerable, ya Entel llegaba a un promedio de velocidad de descarga de 29.04 Mbps.

Gráfico N° 15: Velocidades de internet de operadores móviles según Ookla, 2016



Fuente: Ookla

388. Sin embargo, la posición de AMÉRICA MÓVIL ha cambiado considerablemente, ya que entre el primer y segundo trimestre de 2018⁹¹, dicho operador ha pasado a liderar los rankings de Ookla en lo que respecta a la velocidad de descarga.
389. En el siguiente gráfico se puede ver como en el primer semestre de 2018 AMÉRICA MÓVIL ha logrado una velocidad de descarga promedio de 26.21 Mbps, dejando atrás a Entel y TELEFÓNICA, que incluso han reducido su velocidad promedio. Así,

⁹⁰ Reporte de Mercado de Speedtest, Perú. Publicado el 27 de septiembre de 2016.: <http://www.speedtest.net/reports/es/peru/> (Última Visita: 30/01/2020).

⁹¹ SpeedTest Awards. Peru | Q1-Q2 2018: https://www.speedtest.net/awards/peru/2018/?time_period=q1-q2 (Última Visita: 30/01/2020).

AMÉRICA MÓVIL ha triplicado su velocidad de descarga en solo dos años. Por su parte, Viettel también ha mostrado un aumento considerable en su velocidad de carga y descarga, sin embargo, todavía se mantiene rezagado respecto de sus competidores. Cabe destacar que los resultados de este ranking ha sido destacados por AMÉRICA MÓVIL en un comunicado de prensa titulado: "Según Ookla, Claro fue la operadora con la red móvil más rápida del Perú en el primer y segundo trimestre del 2018"⁹²

Gráfico N° 16: Velocidades de internet de operadores móviles según Ookla, 2018



Fuente: Ookla

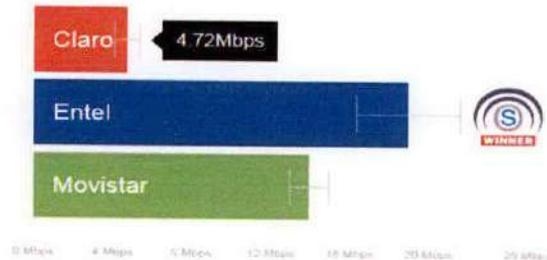
390. Otra fuente de información similar a Ookla es OpenSignal, aunque en este caso se hará la comparación considerando únicamente la tecnología 4G. De acuerdo con las mediciones de OpenSignal, en el año 2016 América Móvil tenía una velocidad de descarga promedio de 4.72 Mbps, siendo el operador con la velocidad más baja en 4G⁹³, luego de Entel, que tenía 18.96 Mbps, y Telefónica, con 13.95 Mbps. Sin embargo, en agosto de 2019 la situación de AMÉRICA MÓVIL ha mejorado considerablemente, ya que la velocidad promedio se ha incrementado hasta 14 Mbps.

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

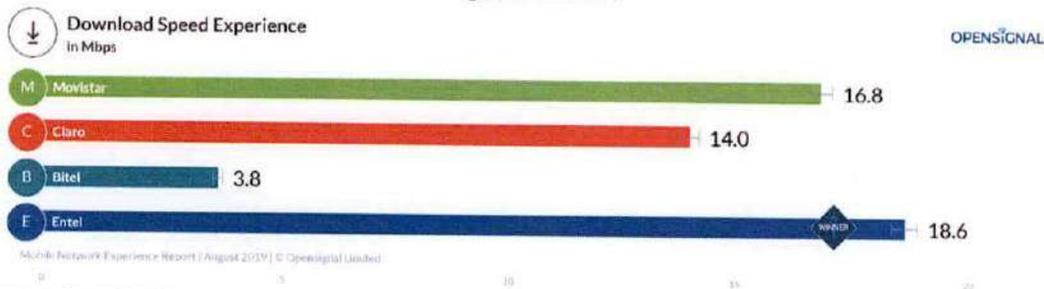
⁹² Este comunicado está disponible en el siguiente enlace: <http://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/ookla-reconoce-a-claro-como-la-red-mas-rapida/> (Última Visita: 30/01/2020).

⁹³ Viettel todavía no brinda el servicio 4G.

**Gráfico N° 17: Velocidades de descarga de 4G de operadores móviles según OpenSignal
Primer trimestre de 2016**



Agosto de 2019



Fuente: OpenSignal

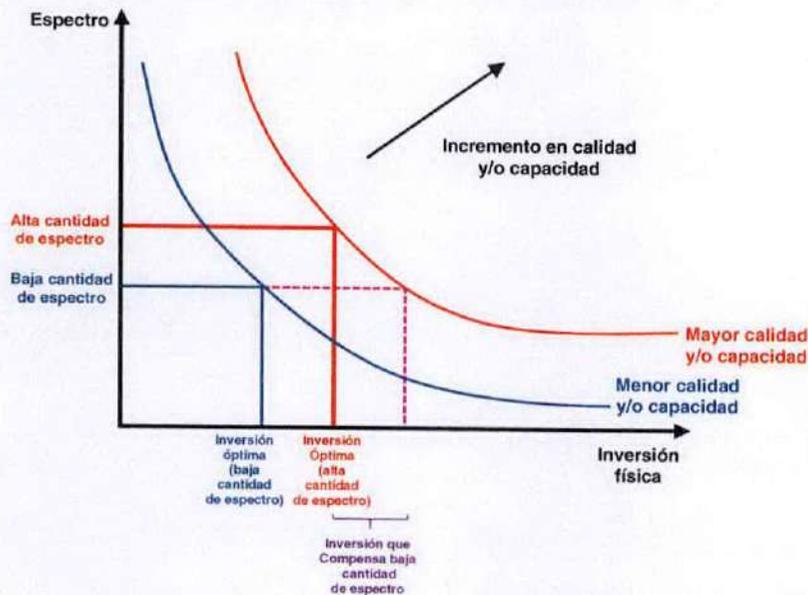
392. De esta manera, se observa que, AMÉRICA MÓVIL ha podido posicionarse mejor en términos competitivos, lo cual en parte podría estar directamente relacionado con el uso de banda de 2.6 GHz, que como es sabido, permite brindar servicios con mayores velocidades.
393. Asimismo, tal como se señaló en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

a lo cual este operador pudo responder aparentemente gracias al uso de la Banda de 2.6 GHz.

397. Otro aspecto a considerar como ventaja obtenida por AMÉRICA MÓVIL se refiere al ahorro que podría obtener en el nivel de inversión en infraestructura al contar con mayor espectro. Al respecto, es conocido que existe una relación inversa entre disponibilidad de espectro e inversión en infraestructura. Sobre esto, y sustentándose en el Informe N° 162-GPRC/2017, TELEFÓNICA argumenta en su denuncia que, el uso de bandas altas tiene un alto efecto sobre la dinámica competitiva, ya que existe una relación inversa entre la cantidad de espectro que una empresa tiene asignada, con la necesidad de realizar inversiones para desplegar infraestructura.
398. Sobre este punto, Oxera (2012)⁹⁴ señala que existen dos factores de producción destacados para lograr un determinado nivel de capacidad y/o calidad del servicio, esto son el espectro y la infraestructura. De acuerdo con Oxera, en términos económicos simples, el derecho de uso del espectro es un factor de producción sustituto de la inversión en infraestructura, así, se puede alcanzar un resultado de mercado dado (en términos de calidad y/o capacidad) con diferentes combinaciones de espectro e infraestructura.
399. El siguiente gráfico precisamente presenta una función de producción de servicios móviles, cuyo producto está medido en términos de calidad y/o capacidad, y que tiene como factores productivos el espectro y la inversión en infraestructura, o inversión física. Tal como se evidencia, existe una relación inversa entre ambos factores productivos, por lo que puede producirse un mismo nivel de calidad y/o capacidad con diferentes combinaciones de los factores, espectro e infraestructura.
400. Este gráfico presenta un ejemplo particular que muestra que, un operador con mayor disponibilidad de espectro puede lograr un mayor nivel de calidad y/o capacidad con menor inversión en infraestructura, a diferencia de un operador que dispone de menos espectro, y que tendrá que invertir más en infraestructura.

⁹⁴ Oxera (2012). "Spectrum trading issues. A framework for competition assessments Report prepared for Commission for Communications Regulation."

Gráfico N° 18: Cantidad de espectro e inversión que se requiere para proveer un determinado nivel de calidad y/o capacidad de servicio



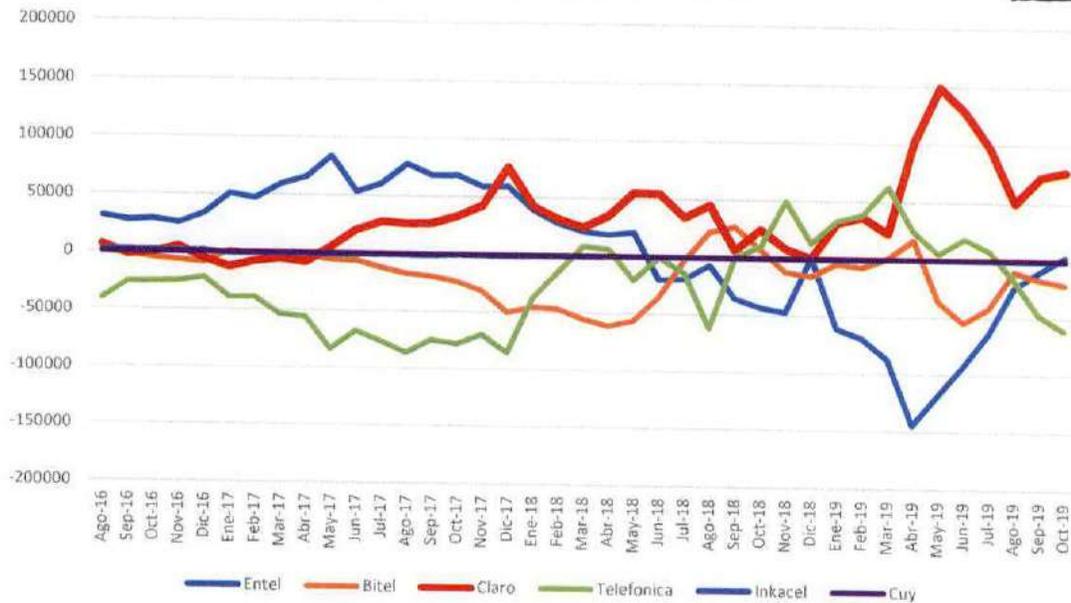
Fuente: Adaptado de Oxera (2012). "Spectrum trading issues. A framework for competition assessments Report prepared for Commission for Communications Regulation."

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

5.3. Los efectos de las infracciones al mandato de la cláusula general y violación de normas en el mercado móvil

402. Tal como se ha demostrado, las conductas imputadas a AMÉRICA MÓVIL le han permitido obtener una ventaja ilícita, ya sea permitiéndole obtener un considerable ahorro de costos, como generándole una mejor posición competitiva. Sin embargo, es importante señalar que como es de esperar, dichas ventajas obtenidas por AMÉRICA MÓVIL han generado efectos negativos sobre el mercado, los cuáles se analizan a continuación.
403. En efecto, AMÉRICA MÓVIL ha podido posicionarse mejor en el mercado, de modo tal que, de forma sostenida, ha venido mostrando indicadores positivos en lo que respecta a la portabilidad numérica móvil, por ejemplo. En el siguiente gráfico, se muestra la evolución de las portabilidades netas de los operadores móviles desde el mes de mayo de 2017 hasta el mes de octubre de 2019. Tal como se evidencia en el gráfico, desde los primeros meses de 2017 AMÉRICA MÓVIL ha sido el único operador que ha mantenido de forma constante un resultado neto positivo en términos de portabilidad.

Gráfico N° 19: Posición Neta Mensual de la Portabilidad en Telefonía Móvil, de agosto de 2016 a octubre de 2019



Fuente: OSIPTEL

404. Cabe destacar que estos resultados han sido usados por AMÉRICA MÓVIL para posicionarse en el mercado, resaltando estas cifras a su favor. Así lo demuestran la notas de prensa que dicho operador difundió a través de su página web durante los últimos años, con mensajes como "Claro es el único operador que registra portabilidad móvil neta positiva ininterrumpidamente durante más de un año", o "Claro obtiene más de 25 mil portaciones netas, más del doble que su competidor más cercano".⁹⁵

95

Esto se evidencia en los múltiples comunicados de prensa que el operador ha venido divulgando. Al respecto, a manera de ejemplo se puede ver los siguientes comunicados (Última Visita: 31/01/2020):

- Claro lidera portabilidad móvil neta en el 2018: <http://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/claro-lidera-portabilidad-mayo/>
- Claro lidera resultados de portabilidad móvil neta durante el primer semestre 2018: <http://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/claro-lidera-portabilidad-en-el-semestre/>
- Claro es el único operador que registra portabilidad móvil neta positiva ininterrumpidamente durante más de un año: <http://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/claro-lidera-portabilidad-movil-por-13-mes-consecutivo/>
- Claro obtiene más de 25 mil portaciones netas, más del doble que su competidor más cercano: <http://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/claro-lidera-portaciones-netas-en-October/>

Gráfico N° 20: Notas de prensa en las que AMÉRICA MÓVIL resalta los resultados positivos obtenidos en portabilidad numérica



Fuente: Página web de AMÉRICA MÓVIL.

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

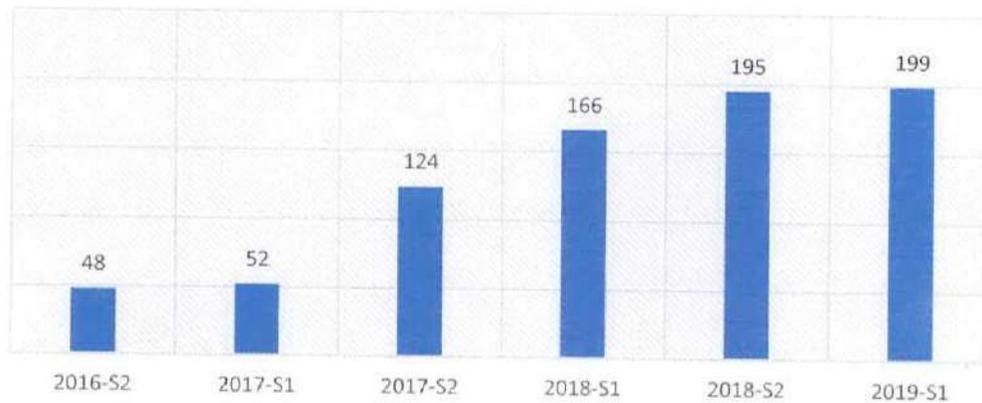
Gráfico N° 21: Evolución del número de líneas en servicio y la participación de mercado de AMÉRICA MÓVIL, agosto 2016 a setiembre de 2019



Fuente: OSIPTEL

406. Este importante crecimiento experimentado por AMÉRICA MÓVIL en el número de líneas en servicio, así como su mejor posición en los indicadores de portabilidad coinciden plenamente con el despliegue de mayor cobertura en centros poblados a través de OLO y TVS. Así, de acuerdo a lo reportado por AMÉRICA MÓVIL, a partir del segundo semestre de 2017 la cobertura de servicios 4G LTE (incluyendo el 4.5G) a partir del uso de la banda de 2.6 GHz de OLO y TVS Wireless se incrementó considerablemente, coincidiendo con los mejores indicadores de AMÉRICA MÓVIL.

Gráfico N° 22: Centros Poblados que accedieron al servicio 4G LTE a través de OLO y TVS Wireless



Fuente: América Móvil

407. De forma consecuente, si se observa la evolución semestral del número de líneas portadas hacia AMÉRICA MÓVIL, se puede apreciar un patrón casi idéntico con el crecimiento en la cobertura a través del espectro de OLO y TVS.

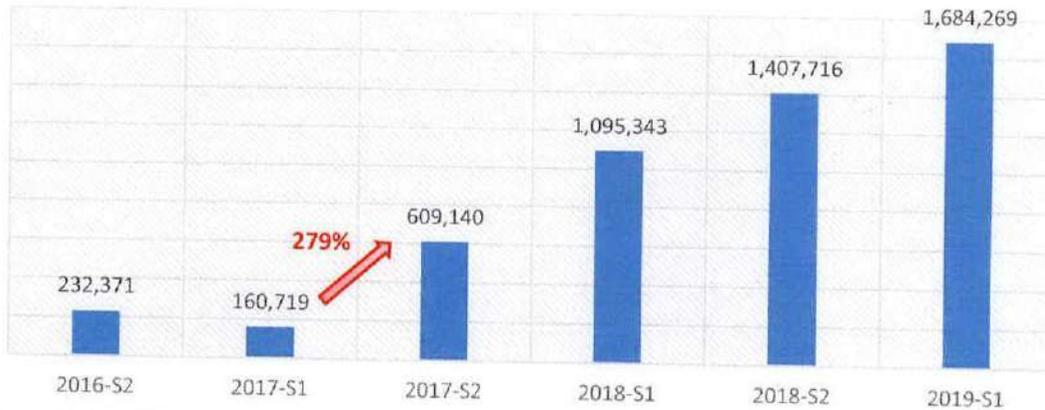
Gráfico N° 23: Evolución semestral del número de líneas portadas hacia AMÉRICA MÓVIL



Fuente: América Móvil

408. Inclusive, si se observa la evolución semestral de número de líneas portadas hacia AMÉRICA MÓVIL en departamentos donde OLO y TVS tienen espectro para servicio 4G, se puede notar un crecimiento todavía más importante.

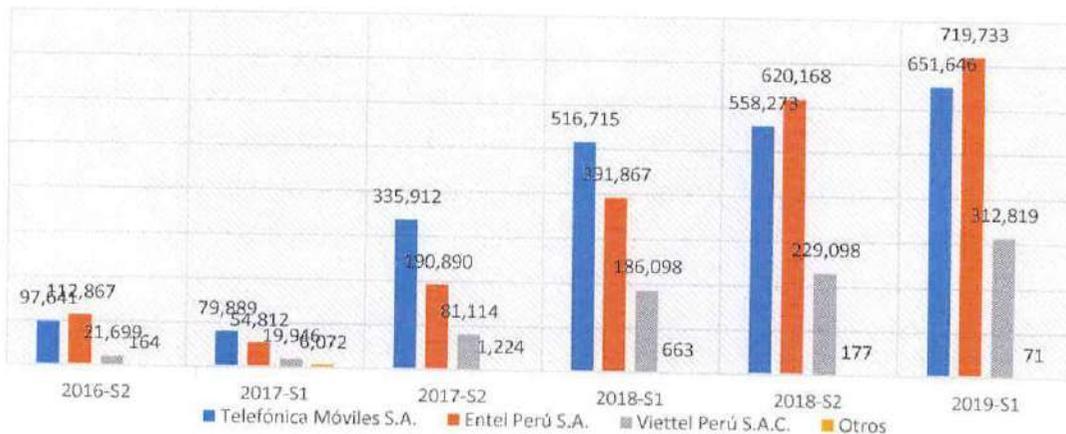
Gráfico N° 24: Evolución semestral de número de líneas portadas hacia AMÉRICA MÓVIL en departamentos donde OLO y TVS tienen espectro para servicio 4G



Fuente: América Móvil

409. Sin duda estos hechos no hacen más que demostrar la vinculación que existe entre la mejor posición competitiva lograda por AMÉRICA MÓVIL y el uso de la banda de 2.6 GHz.
410. Asimismo, un análisis de la evolución semestral de número de líneas portadas hacia AMÉRICA MÓVIL por empresa de origen en departamentos donde OLO y TVS tienen espectro para servicio 4G, muestra que las empresas principalmente afectadas por la conducta fueron Telefónica y Entel, ya que una mayor cantidad de sus clientes pasan a AMÉRICA MÓVIL desde que esta última usa con mayor intensidad la banda de 2.6 GHz.

Gráfico N° 25: Evolución semestral de número de líneas portadas hacia AMÉRICA MÓVIL por empresa de origen en departamentos donde OLO y TVS tienen espectro para servicio 4G

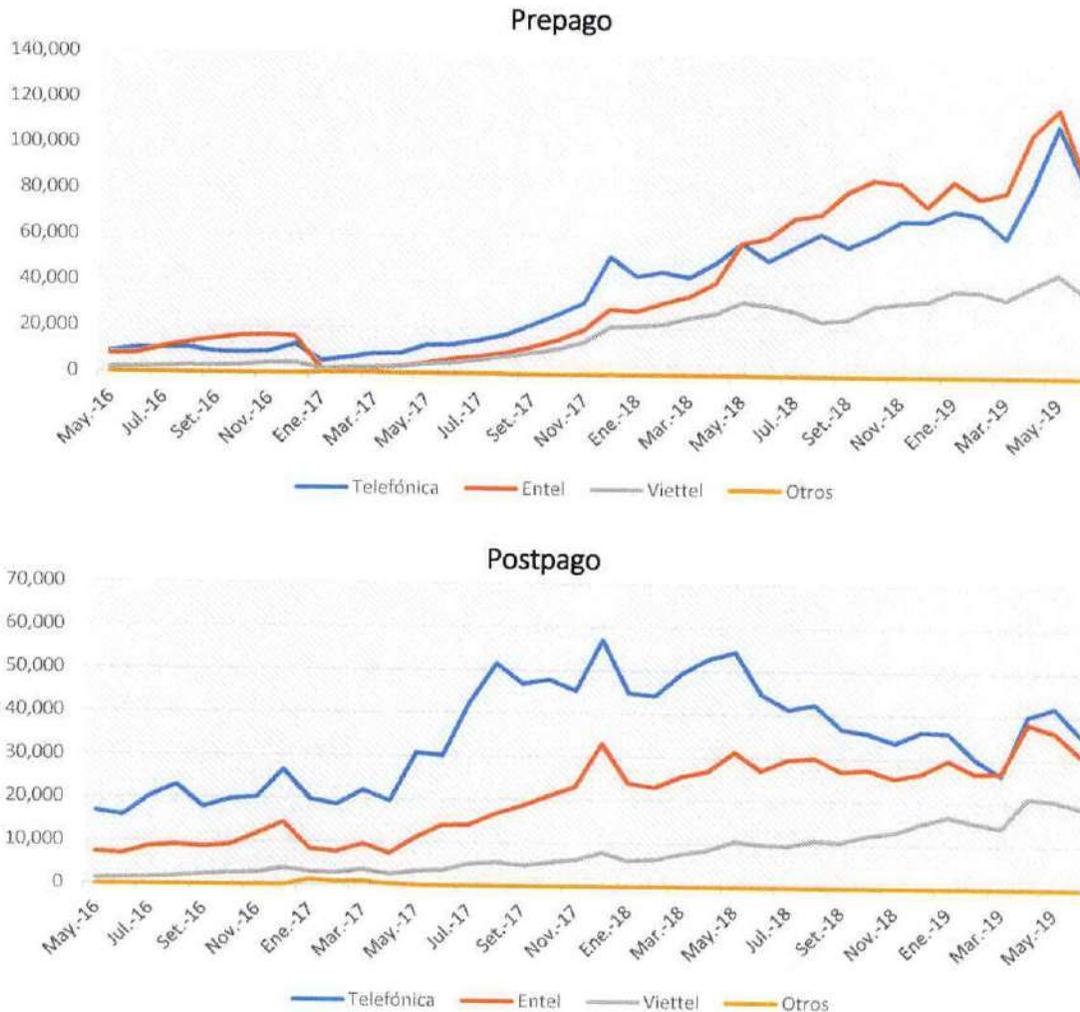


Fuente: América Móvil

411. Cabe destacar que si se observa con mayor detalle los indicadores de portabilidad, respecto al operador de origen de las líneas portadas a AMÉRICA MÓVIL, se observa que en el caso de la modalidad prepago, desde el segundo semestre de 2017 ocurre

un fuerte crecimiento de las líneas provenientes de TELEFÓNICA y de ENTEL, siendo esta última la empresa que recibe el mayor impacto en la modalidad prepago, mientras que TELEFÓNICA es la que recibe el mayor impacto en la modalidad postpago.

Gráfico N° 26: Evolución semestral de número de líneas portadas hacia América Móvil



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO

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

Cuadro N° 6: Líneas en servicio con tráfico de 4.5G de AMÉRICA MÓVIL

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

Fuente: América Móvil y OSIPTEL
Elaboración: Propia.

VI. DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES

413. Habiéndose demostrado que la empresa investigada incurrió en los actos de competencia desleal en las modalidades de infracción a la cláusula general y de violación de normas en el mercado móvil peruano, corresponde determinar las sanciones correspondientes para cada una de las infracciones.

6.1. Criterios para la determinación de la gravedad de la infracción y la sanción

414. Debe considerarse que el artículo 26.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336, (en adelante, la LDFF) establece que para la aplicación de sanciones en conductas contrarias a la leal competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en la LRCD⁹⁶.

⁹⁶ LDFF

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

415. De otro lado, el artículo 52 de la LRCD considera que la realización de actos de competencia desleal constituyen una infracción a las disposiciones de la Ley y serán sancionados bajo los siguientes parámetros: leve, grave y muy grave⁹⁷.
416. Asimismo, de acuerdo al Artículo 53 de la LRCD, los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa, son los siguientes:
- El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
 - La probabilidad de detección de la infracción;
 - La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
 - La dimensión del mercado afectado;
 - La cuota de mercado del infractor;
 - El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
 - La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
 - La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.
417. Adicionalmente a los criterios antes indicados, los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL han considerado que la potestad sancionadora de todas las entidades de la Administración Pública se encuentra regida, entre otros, por el principio de razonabilidad contemplado en el artículo 248.3 del TUO de la LPAG⁹⁸. Este principio prevé que, en el régimen sancionador, la comisión de la conducta sancionable –y en consecuencia, la asunción de la sanción– no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción,

97

LRCD**"Artículo 52°.- Parámetros de la sanción.**

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

- Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
- Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientos (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión."

98

TUO de la LPAG**"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.**

(...)

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

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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

la misma que debe lograr desincentivar la realización de infracciones no sólo por parte del sancionado, sino de los agentes económicos en general.

418. Así, este Cuerpo Colegiado Permanente, observa que el procedimiento habitual para la determinación de la multa en casos de competencia desleal tiene dos partes. La primera es el cálculo del monto base de la multa y la segunda es la graduación de la sanción con los diferentes criterios atenuantes y agravantes.
419. Respecto al cálculo del monto base de la multa, éste 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.
420. 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 puede generar ganancias ilícitas, al permitir, por ejemplo, ofrecer un producto más atractivo lo cual le permite generar mayores preferencias de los consumidores.
421. De otro lado, la probabilidad de detección de la infracción, sirve para introducir dentro del cálculo de la sanción la expectativa que tiene un infractor de ser descubierto en la comisión de una conducta desleal y ser sancionado por ello. Así, la multa base se calcula teniendo en cuenta que, mientras más baja sea la probabilidad de detección, mayores serán los incentivos para que se realice la conducta anticompetitiva, ya que mayor será el beneficio esperado. Por lo tanto la multa debe ser inversamente proporcional a la probabilidad de detección.
422. De esta manera, normalmente el monto de la multa base se ha calculado dividiendo el beneficio ilícito sobre la probabilidad de detección de la infracción, tal como se muestra a continuación:

$$\text{Monto base de la multa} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

423. Donde el beneficio ilícito corresponde a la ganancia ilícita o el ahorro de costos obtenidos por la empresa, derivados de la comisión de la infracción. Mientras que la probabilidad de detección "castiga" el monto base de la multa aumentándola cuando la conducta es más difícil de detectar.

424. Así, para el cálculo de una multa base, se ha considera el beneficio ilícito (B_I) y la probabilidad de detección (P_{det}) de modo que, a mayor beneficio ilícito, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. Esto puede expresarse mediante la siguiente fórmula:

$$\frac{B_I}{P_{det}} = \text{Beneficio Esperado} \leq \text{Multa}$$

425. Esta fórmula ha sido la que tradicionalmente se ha venido empleado para sancionar conductas desleales. Sin embargo, tal como se explicó en la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 058-2019-CCP/OSIPI TEL recaída bajo Expediente N° 001-2018-CCP-ST/LC-CD, en algunas ocasiones resulta una labor compleja el cálculo de las ganancias específicas provenientes de una infracción, pues ello requiere utilizar supuestos y plantear situaciones contrafactuales como, por ejemplo, *“calcular los beneficios que se hubieran obtenido en una situación de leal competencia”*. Así, en este caso particular, para encontrar el beneficio ilícito por la comisión de las conductas imputadas se hubiera tenido que realizar una gran cantidad de supuestos.
426. 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.
427. De otro lado, 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.
428. Así, la estimación del beneficio ilícito es altamente costosa no sólo para la administración, sino también para las empresas, que para rebatir los supuestos de la estimación del beneficio ilícito deben contratar estudios económicos especializados, además de generar discusiones que pueden superar con otra metodología más simple y clara.
429. Al respecto, Tapia (2013)⁹⁹ aborda el problema de la dificultad para determinar el beneficio ilícito de una conducta anticompetitiva (problema que también aplica a las conductas de competencia desleal). Al respecto, Tapia señala que si bien existen diferentes métodos alternativos para el cálculo del beneficio ilícito, *“todos ellos se basan en cierto grado de especulación y requieren de la construcción de supuestos”*, de esta manera, dicho autor señala que el cálculo del beneficio ilícito, como tradicionalmente se ha hecho en el Perú, supone *“una pesada carga administrativa”*.
430. En ese sentido, resulta importante considerar lo señalado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), en el marco de los exámenes inter-pares sobre el derecho y política de competencia. La OCDE realiza una recomendación en cuanto al cálculo y graduación de sanciones para los reguladores de la competencia de Perú, señalando lo siguiente¹⁰⁰:

⁹⁹ Tapia, Javier (2013). La Aplicación de Multas a Agentes Económicos en el Derecho Chileno de la Libre Competencia. Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304100501/rev132_JTapia.pdf. (Última visita: 30/01/2020).

¹⁰⁰ Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia – Perú (2018). Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>. (Última visita: 30/01/2020).

“En cuanto a la penalización de las infracciones a la competencia, las normas peruanas reguladoras del monto y la graduación de las multas están a grandes rasgos en consonancia con las prácticas internacionales. Con todo, el régimen peruano se aparta de esas prácticas cuando para calcular el monto de las multas se basa en gran medida en el beneficio ilícito que el infractor esperara obtener de la conducta anticompetitiva. A nivel internacional, se considera que ese beneficio ilícito es sumamente difícil de calcular con exactitud. Adoptar un enfoque de este tipo para fijar el monto de una multa incrementa los costos del procedimiento y eleva las probabilidades de éxito de las apelaciones en vía judicial. Es por ello que muchos órganos jurisdiccionales optan a menudo por emplear un indicador aproximativo sencillo, como la cifra de ventas o el volumen de negocio en el mercado correspondiente”.

(El subrayado es nuestro).

431. Así, en el presente caso, en el presente caso, se aplicará la metodología seguida en la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 058-2019-CCP/OSIPTEL, la cual es ampliamente usada por las autoridades de competencia más respetadas a nivel internacional, no solamente por la Comisión Europea¹⁰¹, o la Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE)¹⁰², sino también por la autoridad de competencia de Italia (AGCM)¹⁰³, la autoridad de competencia de Reino Unido (CMA)¹⁰⁴ y en los Estados Unidos de Norteamérica¹⁰⁵, entre otras.
432. Cabe destacar que esta metodología no sólo cumple con estándares internacionales, y puede ser aplicada en el presente caso, sino que además, recoge los elementos indicados para el cálculo y graduación de una sanción mencionados en la LRCD. Algunos de esos factores se consideran en el factor de gravedad de la multa base y los demás se incluyen entre los atenuantes y agravantes.
433. Así, se procederá a determinar la multa en dos etapas. Primero se debe determinar el monto de la multa base, tal como se describe a continuación:

$$\text{Multa base} = V * G\% * D$$

Donde:

- “V” es el valor de ventas de los bienes y/o servicios relacionados a la infracción en una determinada zona, en el último año de la infracción.
- “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

¹⁰¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:ES:PDF>. (Última visita: 30/01/2020).

¹⁰² FNE. (2019). Guía Interna para Solicitudes de Multa de la Fiscalía Nacional Económica. Fiscalía Nacional Económica de Chile. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Gu%C3%ADa-de-multas.pdf>

¹⁰³ AGCM. (2014). *Guidelines on the method of setting pecuniary administrative fines pursuant to Article 15, paragraph 1, of Law no. 287/90*. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Disponible en: <https://en.agcm.it/en/about-us/legislation-agcm/detail?id=e3e5dde6-b76b-4215-9dca-c5fab68c5d96&parent=Competition&parentUrl=/en/about-us/legislation-agcm/index>

¹⁰⁴ CMA. (2018). “CMA’s guidance as to the appropriate amount of a penalty”. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/700576/final_guidance_penalties.pdf

¹⁰⁵ OCDE. (2019). *Contribución de los Estados Unidos*. Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia.

infractor, (iii) la dimensión del mercado afectado, (iv) la probabilidad de detección, y (v) el efecto de la restricción de la competencia.
- "D" es el factor de duración expresado años.

434. Este Cuerpo Colegiado considera que el factor de gravedad no sea mayor al 20%. Asimismo, es importante señalar que, esta multa busca ser la mejor aproximación al beneficio ilícito.
435. Respecto al valor del factor de gravedad, este Cuerpo Colegiado Permanente plantea la siguiente matriz para determinar su valor:

Cuadro N° 7: Valores para la determinación del Factor de Gravedad (G) de la infracción

CREITERIO	0.5%	2%	3%	4%
Modalidad y el alcance de la conducta (g_m)	Competencia desleal	Prácticas anticompetitivas relativas		Prácticas anticompetitivas absolutas
Cuota de mercado del infractor (g_s)	$s \leq 25\%$	$25\% < s \leq 50\%$	$50\% < s \leq 75\%$	$s > 75\%$
Probabilidad de detección (g_p)	Alta	Media	Baja	Muy baja
Efectos sobre competidores, consumidores, etc. (g_e)	Daño potencial - Creación de barreras a la entrada	Debilitamiento o afectación real de los competidores y el proceso competitivo		Efectos sobre precios/calidad - Supresión total de la competencia
Dimensión del mercado afectado (g_q)	Un distrito	Una provincia o más de un distrito	Un departamento o más de una provincia	Más de un departamento o a Nivel Nacional

436. Así, el factor de gravedad de la infracción será calculado como la suma de cada uno de los factores individuales, de la siguiente manera:

$$G = g_m + g_s + g_p + g_e + g_q$$

437. Luego, la multa final se obtiene multiplicando el monto base previamente calculado por los factores agravantes y atenuantes de acuerdo a la expresión siguiente:

$$Multa\ final = Multa\ base * (1 + R + I + A - C - F)$$

Donde, los agravantes son:

- a) R= Reincidencia + [50% -100%]
- b) I= Si es instigador + [10-30%].
- c) A= Mala actuación procesal de la parte + [10-20%].

Y los atenuantes son:

- a) C= Cooperación significativa - [10%-25%].
- b) F= Finalizó la infracción antes del PAS - [10%-25%]

438. En la siguiente sección se determinará la gravedad de cada infracción, para luego calcular el monto de la multa a imponer a la empresa por cada una de las infracciones, empezando por la determinación del monto base de la multa para luego aplicar los atenuantes y agravantes que corresponda, para determinar el monto de la multa final.

6.2. Determinación de la gravedad de la infracción

439. Tal como se ha señalado en la sección anterior, de acuerdo con el artículo 52 de la LRCD, los criterios para determinar la gravedad de la infracción son los siguientes:

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

440. En el siguiente cuadro se analiza cada uno de los criterios aplicables por cada una de las conductas sancionadas. De esta manera, se determina la gravedad de cada una de las infracciones sancionadas.

Cuadro N° 8: Determinación de la gravedad de la infracción

Calificación	Violación de normas	Cláusula general
El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción.	AMÉRICA MÓVIL obtuvo una ventaja ilícita al usar espectro en la banda 2.6 GHz sin contar con el título habilitante necesario. Se ha observado que la empresa no sólo obtuvo un ahorro de costos producto de adquirir espectro a un menor costo, sino que además dicho espectro le generó un beneficio al permitirle mejorar la calidad de sus servicios, lo cual a su vez permitió ganar las preferencias de los consumidores. Así, por ejemplo, AMÉRICA MÓVIL pasó de mostrar saldos netos negativos en portabilidad, a mostrar saldos netos positivos luego de empezar a usar la banda de 2.6 GHz.	AMÉRICA MÓVIL perjudicó el proceso competitivo al diseñar una estrategia en la cual no sólo encubrió el uso del espectro sin el título habilitante correspondiente a través figuras legales como la comercialización de tráfico, sino que además retuvo espectro que no utilizaba, el cual pudo ser aprovechar por otros operadores. En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL perjudicó el proceso competitivo actuando de mala fe limitando el posible desarrollo de sus competidores, estableciendo barreras a la entrada, y aprovechando ello para beneficiarse ilícitamente.
La probabilidad de detección de la infracción.	Este Cuerpo Colegiado Permanente considera que la probabilidad de detección de la conducta es baja, ya 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, para determinar que en realidad se trataba de un uso directo del espectro, y no de comercialización de servicios,	Este Cuerpo Colegiado Permanente considera que la probabilidad de detección de la conducta es media, ya si bien 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, era visible que venía acaparando espectro sin utilizar, lo cual fue advertido en varias ocasiones por el OSIPTEL.

Calificación	Violación de normas	Cláusula general
	hizo falta que tanto el OSIPTEL como el MTC recurran a inspecciones y uso de dispositivos tecnológicos.	
La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.	La violación de normas es una conducta que debe considerarse de mayor gravedad, ya que supone la vulneración a una norma de carácter imperativo en el sector. En ese sentido, se debe velar por el cumplimiento irrestricto del marco normativo.	Las conductas sancionadas bajo la cláusula general tienen características particulares que pueden generar un grave impacto en las condiciones de competencia al utilizar mecanismos novedosos e ilícitos (fraude a la ley por parte de AMÉRICA MÓVIL a través de una apariencia de legalidad mediante la suscripción de acuerdos de comercialización) a fin de buscar una mejora de la posición competitiva.
La dimensión del mercado afectado.	El mercado afectado por las conductas de AMÉRICA MÓVIL es el mercado a nivel nacional, o por lo menos los efectos se observan en más de un departamento. De acuerdo a lo informado por la empresa, ofreció cobertura con la banda de 2.6 GHz en al menos 18 departamentos desde el segundo semestre de 2018.	
La cuota de mercado del infractor.	En el mercado de servicios móviles, de acuerdo a las estadísticas reportadas al OSIPTEL, a setiembre de 2019, AMÉRICA MÓVIL tiene una cuota de mercado de 29%.	
El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores.	Este Cuerpo Colegiado Permanente considera que las conductas de AMÉRICA MÓVIL han generado un debilitamiento o afectación real de los competidores y el proceso competitivo. A través de las conductas ilícitas en las que ha incurrido, AMÉRICA MÓVIL ha puesto a sus competidores en desventaja, no sólo por el ahorro de costos obtenido, sino porque ha podido mejorar su oferta comercial y ha podido obtener mayor preferencia de los consumidores, sino porque ha limitado la posibilidad de que otros competidores usen espectro de la banda de 2.6 GHz que ha mantenido sin usar. No obstante, se podría considerar que el único efecto positivo de su conducta ha sido la mejor calidad en el servicio ofrecido a sus usuarios, lo cual se ha visto reflejado en la mejora en las velocidades de navegación de su red 4G LTE y del ofrecimiento de la tecnología 4.5G.	
La duración de la restricción de la competencia.	Este Cuerpo Colegiado Permanente considera que la conducta inicia cuando AMÉRICA MÓVIL empieza a brindar cobertura con la banda 2.6 GHz, esto de acuerdo con la información reportada por la empresa es en el mes de noviembre de 2016. De otro lado, se considera que la conducta cesó cuando AMÉRICA MÓVIL obtuvo los permisos de arrendamiento de espectro de TVS Wireless y OLO, el 20 de enero de 2020. Es decir, la conducta ha tenido una duración aproximada de 39 meses.	Este Cuerpo Colegiado Permanente considera que la conducta inicia cuando AMÉRICA MÓVIL empieza a brindar cobertura con la banda 2.6 GHz, esto de acuerdo con la información reportada por la empresa es en el mes de noviembre de 2016. De otro lado, se considera que la conducta cesó cuando se publicó la Resolución Viceministerial N° 405-2019-MTC/03, con la cual se aprobó el reordenamiento de la banda de 2.6 GHz el 14 de junio de 2019.

Calificación	Violación de normas	Cláusula general
		Es decir, la conducta ha tenido una duración aproximada de 32 meses.
La reincidencia de las conductas prohibidas.	No se ha acreditado que exista reincidencia de la conducta por parte de AMÉRICA MÓVIL.	
La actuación procesal de la parte.	No se ha observado una conducta procesal por parte de AMÉRICA MÓVIL que amerite considerarla como agravante.	
Calificación	Muy Grave	Muy Grave

441. Así, considerando todos estos criterios, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que la infracción de violación de normas en la que ha incurrido AMÉRICA MÓVIL es **MUY GRAVE, siendo pasible de ser sancionada con una multa de hasta setecientas (700) UIT, siempre que no supere el 10% de sus ingresos brutos por todas sus actividades en el año 2019.**
442. De otro lado, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que la infracción a la cláusula general de la LRCD cometida por AMÉRICA MÓVIL es **MUY GRAVE, siendo pasible de ser sancionada con una multa de hasta setecientas (700) UIT, siempre que no supere el 10% de sus ingresos brutos por todas sus actividades en el año 2019.**

6.3. Cálculo de la multa

6.3.1. Multas base

(a) Valor de las ventas

443. Tal como se ha señalado, el primer criterio a tomar en cuenta para el cálculo de la multa es el valor de ventas de los bienes y/o servicios relacionados a la infracción. Al respecto, dado que el uso de la banda de 2.6 GHz por parte de AMÉRICA MÓVIL ha sido para la provisión de servicios móviles, especialmente a través de la tecnología LTE (4G y 4.5G), se considera que se debe tomar en cuenta ingresos relacionados a la renta mensual de internet móvil por telefonía móvil. Dicho concepto es reportado por la empresa en sus reportes de contabilidad separada.
444. Luego, el último año completo de las infracciones ha sido el año 2018, se considerará el valor reportado por AMERICA MÓVIL, el cual asciende a S/ 928 305 263.37.
445. De otro lado, es necesario considerar que el alcance del uso de la banda de 2.6 GHz ha sido un poco más limitado. Así, se observa que en promedio, durante el periodo de la infracción, AMÉRICA MÓVIL ha ofrecido cobertura con la banda de 2.6 GHz en el 2.1% del total de centros poblados en los cuales tiene cobertura 4G LTE.

Cuadro N° 9: Centros poblados con cobertura 4G y cobertura con la banda de 2.6 GHz de AMÉRICA MÓVIL

Periodo	Centros poblados con cobertura 4G	Centros poblados con cobertura con la banda 2.6 GHz	% de centros poblados cubiertos con la banda 2.6 GHz

2016	1845	48	2.6%
2017	6480	124	1.9%
2018	9739	195	2.0%
Jun-2019	9762	199	2.0%
		Promedio	2.1%

Fuente: AMÉRICA MÓVIL. Elaboración: Propia

446. En ese sentido, para determinar los ingresos relevantes para el cálculo de la multa, se considera conveniente multiplicar el total de ingresos por renta mensual de internet móvil por telefonía móvil por el 2.1% que corresponde al promedio de centros poblados con cobertura con la banda de 2.6 GHz del total de centros poblados cubiertos por 4G de AMÉRICA MÓVIL.
447. Así, los ingresos a considerar para el cálculo de la multa por las infracciones vistas en este procedimiento es de S/ 19'494,410.53.

(b) Factor de gravedad

448. De acuerdo a lo establecido en el Cuadro N° 8, y considerando lo explicado en el Cuadro N° 9, a continuación se detallan los valores que se asignarán finalmente a cada criterio para determinar el factor de gravedad de las infracciones:

Cuadro N° 10: Determinación del Factor de Gravedad (G) de las infracciones

CRITERIO	Violación de normas	Cláusula general
Modalidad y el alcance de la conducta (g_m)	0.5% (Competencia Desleal)	
Cuota de mercado del infractor (g_s)	2% (La cuota de mercado es de 29%)	
Probabilidad de detección (g_p)	3% (Baja)	2% (Media)
Efectos sobre competidores, consumidores, etc. (g_e)	3% (Debilitamiento o afectación real de los competidores y el proceso competitivo)	
Dimensión del mercado afectado (g_q)	4% (Más de un departamento o a Nivel Nacional)	
Factor de Gravedad $G = g_m + g_s + g_p + g_e + g_q$	12.5%	11.5%

449. Por tanto, este Cuerpo Colegiado considera que el factor de gravedad de la conducta de violación de normas es de 12.5%, mientras que el factor de gravedad de la conducta de infracción a la cláusula general es de 11.5%.

(c) Duración

450. Tal como ya se ha señalado, en el caso de la conducta de violación de normas, se considera que la conducta inicia cuando AMÉRICA MÓVIL empieza a brindar cobertura con la banda 2.6 GHz. De acuerdo con la información reportada por la empresa, el uso de la banda se inició en el mes de noviembre de 2016. Asimismo, se considera que la conducta cesó cuando AMÉRICA MÓVIL obtuvo los permisos de arrendamiento de espectro de TVS y OLO, el 20 de enero de 2020. Es decir, la conducta ha tenido una duración aproximada de 39 meses, o 3.25 años.

451. En el caso de la infracción a la cláusula general, la conducta inicia, de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, en el mes de noviembre de 2016. Asimismo, se considera que la conducta cesó cuando se publicó la Resolución Viceministerial N° 405-2019-MTC/03, con la cual se aprobó el reordenamiento de la banda de 2.6 GHz el 14 de junio de 2019. Así, se considera que la conducta tuvo una duración de 32 meses, o 2.67 años.

(d) Multas base

452. Tal como se ha señalado líneas arriba, para determinar el monto de la multa base, se ha planteado la siguiente fórmula:

$$\text{Multa base} = V * G\% * D$$

453. En el caso de la infracción por violación de normas, la multa base resulta ser de S/ 7'919,604.28:

$$\text{Multa base} = 19'494,410.53 * 12.5\% * 3.25 = S/ 7'919,604.28$$

454. En el caso de la infracción a la cláusula general, la multa base resulta ser de S/ 5'978,285.90:

$$\text{Multa base} = 19'494,410.53 * 11.5\% * 2.67 = S/ 5'978,285.90$$

6.3.2. Multa final

455. Conforme a lo señalado precedentemente, la determinación de la multa final debe tener en cuenta los respectivos factores agravantes y atenuantes, bajo la forma siguiente:

$$\text{Multa final} = \text{Multa base} * (1 + R + I + A - C - F)$$

456. Sin embargo, de acuerdo a la evaluación efectuada por este Cuerpo Colegiado Permanente, no se han generado circunstancias que de modo especial puedan considerarse como atenuantes y/o agravantes aplicables a la conducta de las empresas imputadas en el presente caso. Si bien las conductas han cesado, esto se produjo luego de iniciado el presente procedimiento administrativo sancionador.

457. En atención a ello, se debe establecer como monto final de las multas los valores de S/ 7 919 604.28, o 1 841.77 UIT por la infracción de violación de normas, y S/ 5 978 285.90 o 1 390.30 UIT por la infracción a la cláusula general. Cabe destacar que se considera el valor de UIT de S/ 4 300 establecido para el año 2020.

6.3.3. Máximo legal y capacidad financiera

458. De acuerdo con el literal d) del artículo 52.1 de la LRCD, las infracciones calificadas como muy graves se sancionarán con una multa de hasta setecientas (700) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior la imposición de la sanción.
459. En este caso, las multas calculadas para ambas infracciones superan los topes en UIT establecidos por la LRCD según su clasificación. Por lo tanto, corresponde aplicar dichos topes. Así, corresponde imponer a AMÉRICA MÓVIL las siguientes multas:
- Una multa de 700 UIT por cometer una infracción muy grave en la modalidad de violación de normas, tipificada en el artículo 12.1 literal b de la LRCD.
 - Una multa de 700 UIT por cometer una infracción muy grave en la modalidad de cláusula general de la LRCD, tipificada en el artículo 6 de dicha ley.

6.3.4. Concurso de Infracciones

460. Un aspecto a tener en consideración al momento de determinar la sanción aplicable a AMÉRICA MÓVIL es que en el presente procedimiento se ha analizado y comprobado la comisión de no una sino dos conductas tipificadas en la LRCD. Por un lado, la obtención de una ventaja significativa ilícita derivada de la infracción de normas de normas imperativas al haber utilizado el espectro radioeléctrico en la banda 2.6 GHz sin el respectivo título habilitante y; de otro lado, la obtención de un beneficio ilícito producto del desarrollo de una estrategia contraria a la buena fe objetiva reflejada en la adquisición de empresas y la celebración de acuerdos de comercialización que encubrían un uso ilícito del espectro radioeléctrico, que buscaron evadir las prohibiciones sectoriales y lograr una mejora competitiva a través del acaparamiento de dicho recurso.
461. Conforme se ha desarrollado previamente, ambas conductas constituyen infracciones tipificadas en los artículos 6° y 14.2.b en la LRCD, que responden a conductas de distinta naturaleza.
462. En ese sentido, a diferencia del supuesto de concurso ideal de infracciones regulado expresamente en el numeral 6 del artículo 248° de TUO de la LPAG¹⁰⁶, en el presente procedimiento, no nos encontramos frente a una misma conducta que califique como más de una infracción, sino frente a una pluralidad de acciones que presupone, a su vez, una pluralidad de infracciones a la ley.

106

TUO de la LPAG

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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".

463. Dicha situación es denominada en la doctrina penal como concurso real de infracciones y se encuentra regulada en el artículo 50¹⁰⁷ del Código Penal, el cual establece que ante tal situación se sumarán las penas hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave.
464. En tal sentido, teniendo en consideración que el procedimiento administrativo sancionador es una manifestación de la potestad punitiva estatal, los principios y reglas del ordenamiento penal resultan también aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador. En consecuencia, ante la inexistencia de reglas que definan la forma de aplicación de las sanciones en el supuesto de concurso real de infracciones y por un criterio de razonabilidad, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que la multa total aplicable al presente caso se determinará 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.
465. En ese sentido, teniendo en consideración que ambas multas tienen la misma cuantía y, en aplicación del principio de concurso real de infracciones, la multa a imponer en el presente procedimiento es de 1400 UIT.
466. Cabe destacar que, no corresponde aplicar el tope del 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior la imposición de la sanción, pues la multa establecida no supera dicho tope.

VII. LAS PRETENSIONES ACCESORIAS PLANTEADAS POR TELEFÓNICA

7.1. La imposición de medidas correctivas

467. En su escrito de denuncia, TELEFÓNICA solicitó que se ordene a AMÉRICA MÓVIL, en calidad de medida correctiva, lo siguiente: (i) el cese de la explotación no autorizada materia de denuncia del espectro radioeléctrico en la banda 2.6 GHz y, (ii) que se abstenga de comercializar y/u omita ofertar cualquier servicio cuya prestación se sustente en el uso no autorizado de espectro radioeléctrico en general.
468. El marco normativo vigente faculta al OSIPTEL a aplicar medidas correctivas en las materias que son de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre leal competencia¹⁰⁸, a fin de poder revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas

107

Código Penal

Artículo 50.- Concurso real de delitos

Quando concurran 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 ésta."

108

TUO 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."

detectadas¹⁰⁹. Por su parte, el inciso a) del artículo 55.1 de la LRCD¹¹⁰, establece que la autoridad puede ordenar la cesación del acto, con la finalidad de restablecer la leal competencia en el mercado.

469. Sin embargo, al evaluar la conducta de violación de normas imputadas, 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 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.
470. De otro, los efectos de la conducta de cláusula general imputada, cesaron cuando se publicó la Resolución Viceministerial N° 405-2019-MTC/03 del 14 de junio de 2019, con la cual se aprobó el reordenamiento de dicha banda 2.6 GHz y, a partir de ello, se le asigna a TVS un bloque de 30 + 30 MHz., así como un bloque adicional de 20 MHz en la provincia de Lima y Callao. En este sentido, dadas las asignaciones actuales de espectro, los efectos de la conducta desleal de cláusula general se mitigaron, pues existe espacio para que ingresen otros operadores en esta banda.
471. En tal sentido, dado que los efectos de las conductas desleales por las cuales se ha sancionado a AMÉRICA MÓVIL han cesado – producto de los cambios normativos introducidos en materia de uso y explotación del espectro radioeléctrico –corresponde denegar el pedido formulado por TELEFÓNICA, en tanto no corresponde ordenar medidas adicionales para reestablecer la competencia.

7.2. La condena de pago de costas y costos

472. En el presente caso, TELEFÓNICA solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente que condenara a la imputada al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del presente procedimiento.
473. De acuerdo con 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 proceso¹¹¹; mientras que por su

"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."

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

LRCD

"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 (...)"

Código Procesal Civil

parte, el artículo 411° del mismo Código, expresa que los costos del proceso comprenden los honorarios de los abogados de la parte vencedora¹¹². Asimismo, el artículo 412° del citado Código establece que el reembolso de las costas y costos del proceso es de cargo de la parte vencida¹¹³.

474. Por su parte, el artículo 56° del TUO de la LPAG establece la regla de gratuidad en los procedimientos administrativos, siendo que excepcionalmente, será posible el reembolso sólo en aquellos casos en los que la ley lo autorice¹¹⁴. En esta misma línea, el artículo 5° del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, establece la gratuidad de los que los procedimientos de solución de controversias tramitados ante el OSIPTEL¹¹⁵.
475. Por tanto, dado que el OSIPTEL no cobra tasas por la presentación de denuncias ante los Cuerpos Colegiados, no procede ordenar el pago de las costas solicitado por TELEFÓNICA.
476. No obstante, el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 807¹¹⁶, norma aplicable supletoriamente por los órganos de OSIPTEL¹¹⁷, faculta a las instancias de solución de controversias a ordenar al infractor que asuma el pago de las costas y costos del procedimiento.
477. Por su parte, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL ha reconocido que el mencionado artículo 7° del Decreto Legislativo N° 807 "se ejerce siempre al interior

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.

¹¹² **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.

¹¹³ **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. (...)"

¹¹⁴ **TUO de la LPAG**

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.

¹¹⁵ **Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**

Artículo 5.- Gratuidad del procedimiento

Los procedimientos de solución de controversias regulados en el presente Reglamento son gratuitos.

¹¹⁶ **Decreto Legislativo N° 807**

Título I

"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. (...)"

¹¹⁷ De aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Público, Ley N° 27332.

"Artículo 5.- Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas

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

de un procedimiento sancionador, en tanto hace referencia a una sanción y a un infractor. En ese sentido, el TSC considera que puede ordenar al infractor el pago de los costos del procedimiento en que haya incurrido el denunciante¹¹⁸.

478. Asimismo, dado que ha reconocido que en el ámbito administrativo no existe una disposición que señale de manera expresa cuando procede o no el pago de costos, por lo que *"la determinación del pago de costos no es un derecho per se del administrado, sino una liberalidad del órgano resolutorio"*¹¹⁹.
479. En este sentido, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que las infracciones cometidas por AMÉRICA MOVIL han sido manifiestas en la medida que, ha venido utilizando la banda 2.6 GHz para la cual no tenía autorización previa y expresa del MTC, encubriendo su conducta a través de la suscripción de un acuerdo de comercialización para aparentar que su conducta no conllevaba la utilización del espectro asignado a un tercero sin contar con una aprobación previa. Además, desarrolló una estrategia contraria a la buena fe objetiva, materializada a través de la compra de empresas vinculadas y la suscripción de acuerdos de comercialización que derivaron en un fraude a la ley y en el acaparamiento de la banda 2.6 GHz en perjuicio de sus competidores. Así, dicha situación le generó una mejor posición competitiva que no se basó en su propia eficiencia, sino en la utilización de mecanismos desleales a fin de captar un mayor número de usuarios a través del ofrecimiento de una tecnología para la cual en principio, no habría asumido costo alguno ni cumplido obligaciones sectoriales.
480. Cabe indicar que incluso a lo largo del procedimiento la empresa no ha reconocido la comisión de las infracciones imputadas, siendo que el cese de la conducta obedeció a motivos ajenos a la imputada, esto es producto de la entrada en vigencia de la Norma de Arrendamiento de Espectro.
481. En atención a las razones previamente expuestas, el Cuerpo Colegiado Permanente considera que corresponde ordenar a AMÉRICA MÓVIL que asuma el pago de los costos incurridos por TELEFÓNICA durante la tramitación de este procedimiento.

7.3. La pertinencia de ordenar la publicación de la resolución condenatoria

482. En su escrito de denuncia, TELEFÓNICA solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente que, una vez que se obtenga una decisión administrativa firme respecto a la sanción impuesta a AMÉRICA MÓVIL por la comisión de actos de competencia desleal, se ordene la publicación de la resolución condenatoria respectiva.
483. De conformidad con el artículo 33° de la LDFF, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves, deben ser publicadas en el Diario Oficial "El Peruano", cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

¹¹⁸ Resolución N° 001-2016-TSC/OSIPTEL, 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.

¹¹⁹ A manera de ejemplo, pueden revisarse los siguientes pronunciamientos del Tribunal de Solución de Controversias que reconocen dicha facultad: (i) Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL de fecha 21 de marzo de 2006, recaída bajo Expediente N° 002-2005-CCO-ST/CD y N° 010-2005-ST/CD (acumulados); y, (ii) Resolución N° 016-2003-TSC/OSIPTEL de fecha 18 de junio del 2003, recaída bajo Expediente N° 005-2002-CCO-ST-IX.

484. En este sentido, en la medida que en este caso las infracciones cometidas por AMÉRICA MÓVIL se encuentran calificadas como muy graves, el Cuerpo Colegiado Permanente considera que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo previamente enunciado, debe ordenarse la publicación de esta resolución en el Diario Oficial "El Peruano", así como en el portal web institucional del OSIPTTEL, una vez que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL.

RESUELVE:

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 6° 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 6° 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.

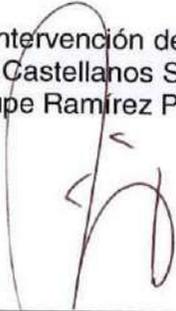
Artículo Cuarto.- Condenar a América Móvil Perú S.A.C. al pago de los costos del presente procedimiento a favor de la denunciante.

Artículo Quinto.- Ordenar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano", así como en el portal web institucional del OSIPTTEL, una vez que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL, de conformidad con lo establecido por el artículo 33° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTTEL.

Artículo Sexto.- Notificar a América Móvil Perú S.A.C. y Telefónica del Perú S.A.A. el contenido de la presente Resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Permanente, Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Abel Rodríguez González, Lorena Alcázar Valdivia y Teresa Guadalupe Ramírez Pequeño.



Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar
Presidente



Abel Rodríguez González
Miembro



Lorena Alcázar Valdivia
Miembro



Teresa Guadalupe Ramírez Pequeño
Miembro