RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL Nº 00124-2020-GG/OSIPTEL

Lima, **22 de junio de 2020**

EXPEDIENTE	:	**N° 00002-2020-GG-GPRC/COV**
MATERIA	:	**Aprobación del Décimo Cuarto Addendum del Contrato de Acceso con Operador Móvil Virtual**
ADMINISTRADOS	:	**Telefónica del Perú S.A.A.** **Incacel Móvil S.A. (antes Virgin Mobile Perú S.A.) con la participación de Flash Servicios Perú S.R.L.**

VISTOS:

(i) El denominado "*Décimo Cuarto Addendum al Contrato para la Prestación de Servicios Públicos Móviles por Parte de Operadores Móviles Virtuales*" (en adelante, el Décimo Cuarto Addendum), remitido al OSIPTEL el 26 de febrero de 2020, entre las empresas Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) e Incacel Móvil S.A. (en adelante, Incacel), con la intervención de la empresa Flash Servicios Perú S.R.L. (en adelante Flash Servicios), mediante el cual se modifican diversas cláusulas y anexos del "*Contrato para la Prestación de Servicios Públicos Móviles por Parte de Operadores Móviles Virtuales*" (en adelante, el Contrato Principal), aprobado mediante Resolución de Gerencia General Nº 00094-2016-GG/OSIPTEL;

(ii) El Memorando N° 00218-GPRC/2020 de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, que recomienda aprobar el Décimo Cuarto Addendum;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley N° 30083, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de setiembre de 2013, se aprobó la Ley que Establece Medidas para Fortalecer la Competencia en el Mercado de los Servicios Públicos Móviles (en adelante, Ley N° 30083), cuyo objeto es fortalecer la competencia, dinamizar y expandir el mercado de servicios públicos móviles mediante la inserción de los denominados operadores móviles virtuales (en adelante, OMV), cuya operación es de interés público y social;

Que, el artículo 8 de la Ley N° 30083 dispone que los acuerdos entre los operadores móviles con red y los OMV que los soliciten comprenden compromisos u obligaciones relacionados con el acceso, la interconexión y la operación con las redes, que posibiliten al OMV la prestación de servicios públicos móviles y deben ser presentados al OSIPTEL a efectos de su evaluación y pronunciamiento;

Que, la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30083 establece que el OSIPTEL elaborará el marco normativo complementario aplicable a los OMV, en los aspectos de su competencia señalados en la citada Ley;

Que, mediante Decreto Supremo N° 004-2015-MTC, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de agosto de 2015, se aprobó el Reglamento de la Ley N° 30083, estableciendo las reglas, procedimientos y disposiciones necesarias para la aplicación de la Ley Nº 30083;

Que, en ese marco, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 009-2016-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de enero de 2016, se

aprobaron las Normas Complementarias Aplicables a los Operadores Móviles Virtuales (en adelante, Normas Complementarias), que definen las condiciones y procedimientos que permiten el acceso de los OMV a las redes de los operadores móviles con red, y complementan el marco normativo aplicable a la provisión del servicio público móvil por parte de los OMV;

Que, las Normas Complementarias establecen en su artículo 29, numeral 29.1, que sin perjuicio de la denominación que las partes le confieran, los acuerdos entre el OMV y el operador móvil con red que comprendan los compromisos y obligaciones que se deriven de las referidas normas, constituyen acuerdos de acceso y deberán ser presentados al OSIPTEL a efectos de su evaluación y pronunciamiento, conforme a las disposiciones establecidas en las Normas Complementarias;

Que, de otro lado, el artículo 35 de las Normas Complementarias establece el procedimiento para la modificación del contrato o mandato, en el cual se indica que, en caso de aceptación entre las partes de las modificaciones al contrato, éstas proceden a suscribir el acuerdo de acceso correspondiente, el cual está sujeto al procedimiento establecido en el artículo 32;

Que, en ese sentido, el artículo 32 de las Normas Complementarias establece que producido un acuerdo que modifica el contrato, los interesados proceden a remitirlo al OSIPTEL, para que emita un pronunciamiento escrito en el cual exprese su conformidad con el contrato, o exprese las modificaciones o adiciones que serán obligatoriamente incorporadas al mismo, sean aspectos legales, técnicos y/o económicos;

Que, mediante Resolución de Gerencia General N° 00094-2016-GG/OSIPTEL, del 18 de febrero de 2016, se aprobó el Contrato de Acceso al Operador Móvil Virtual (en adelante, Contrato Principal), suscrito el 15 de octubre de 2015, entre Telefónica y Virgin Mobile Perú S.A. (en adelante, Virgin)[1], mediante el cual se establecen las condiciones legales, técnicas y económicas para que Telefónica le brinde el acceso a Virgin (actualmente, Incacel), para que ésta pueda ofrecer servicios minoristas como OMV;

Que, mediante carta TP-0686-AG-AER-20, recibida el 26 de febrero de 2020, Telefónica remitió el Décimo Cuarto Addendum al Contrato Principal, suscrito el 25 de febrero de 2020, suscrito entre Telefónica e Incacel, con la intervención de la empresa Flash Servicios;

Que, el Décimo Cuarto Addendum tiene como objeto:

1. La modificación del Contrato Principal, como se indica:
   - Modificar el antecedente alusivo a la resolución ministerial que corresponde al OMV Flash Servicios.
   - Modificar la cuarta cláusula del Contrato Principal, referido a la vigencia y plazo del contrato.
   - Modificar la cláusula undécima, correspondiente a la garantía de cumplimiento del contrato
   - Modificar la cláusula décimo tercera, correspondiente a la resolución y terminación anticipada del contrato
   - Modificar la cláusula décimo séptima, concerniente a la designación de los

[1] El Contrato Principal fue suscrito inicialmente entre Virgin y Telefónica. Posteriormente, Virgin cambió de razón social a Incacel.

coordinadores de la relación contractual.
- Modificar el inciso (ii) de la sección 2, del Anexo IV, correspondiente al procedimiento de facturación y pago.
- Sustituir el Anexo I del Contrato Principal por el adjunto en el Décimo Cuarto Addendum referente a las condiciones económicas sobre las que se sostiene la relación de acceso.

2. Especificar vigencia del Décimo Cuarto Addendum.
3. Declarar que el resto del Contrato Principal permanecerá sin cambios.

Que, por otro lado interviene en la citada adenda como aceptante, la empresa Flash Servicios debido a que ha suscrito con Incacel un acuerdo de cesión de posición contractual[2], para tomar el lugar de ésta como OMV en el Contrato Principal suscrito entre Incacel y Telefónica. Esta cesión de posición contractual ha tenido la aprobación de Telefónica, por lo que es concordante con lo estipulado en el contrato de acceso y con lo previsto en la normativa vigente;

Que, el acuerdo de cesión de posición contractual referido cuenta con una cláusula de condición suspensiva, por la cual empieza a surtir efectos a partir del "Nuevo Inicio Comercial de Operaciones", cuya fecha está sujeta a: i) Que el OSIPTEL apruebe los términos del Décimo Cuarto Addendum al Contrato Principal, y; ii) Que el OSIPTEL apruebe el Mecanismo de Contratación de Servicios Públicos Móviles en la modalidad prepago de Flash Servicios, en observancia del artículo 118 (vi) de la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL;

Que, las mismas condiciones suspensivas son las invocadas en el Décimo Cuarto Addendum, por lo que las partes han acordado su entrada en vigencia precisamente después que se hayan cumplido las condiciones suspensivas antes mencionadas. Por lo tanto, la intención de las partes es alinear los regímenes contractuales y las vigencias de los acuerdos a una única fecha, a partir de la cual las únicas partes del contrato de acceso serán Flash Servicios y Telefónica; en tanto antes de que se concreticen las condiciones suspensivas, Incacel permanece teniendo los derechos y obligaciones establecidas en el Contrato Principal;

Que, la condición suspensiva sólo condiciona el momento en que los acuerdos empiezan a generar efectos jurídicos a los involucrados. En este sentido, para la aprobación del Décimo Cuarto Addendum, además de verificar que se encuentre acorde a la normativa vigente, debe verificarse la procedencia de la aprobación del Mecanismo de Contratación de Servicios Públicos Móviles en la modalidad prepago de Flash Servicios;

Que, es preciso indicar que las modificaciones incluidas en el contrato no vulneran el principio de igualdad de acceso, respecto a la prestación de servicios a otros OMV. Así, se aprecia que, si bien existen condiciones distintas aplicadas a otros OMV, debe tenerse presente que estos corresponden a servicios distintos, debido a diferencias en el tipo de implementación de OMV (p. ej. OMV de tipo *full*, OMV no *full*), con diferencias en inversiones requeridas, por lo que incluyen distintas salvaguardas materializadas a través de penalidades por terminación anticipada de contrato, facturación mínima, garantías u otro mecanismo;

Que, sin perjuicio de ello, si Flash Servicios considera que se encuentra en una situación de desventaja respecto de otra relación de acceso a OMV de Telefónica, deberá

[2] Suscrito el 25 de febrero de 2020.

sustentar tal situación, teniendo en cuenta los principios establecidos en la normativa. Asimismo, en caso de no llegar a un acuerdo, el OMV puede solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato;

Que, por otro lado, las condiciones económicas señaladas en la adenda no vulneran los principios de no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia, por cuanto representan mejoras que cumplen las disposiciones normativas, a las cuales podrán adecuarse otras relaciones contractuales existentes, siempre que sea solicitado por el OMV, conforme lo establecido en la normativa vigente;

Que, considerando lo anteriormente mencionado, y en aplicación del artículo 32 de las Normas Complementarias, se establece que el contenido del Décimo Cuarto Addendum se adecúa a la normativa vigente; sin perjuicio de precisar lo siguiente:

- La suscripción de la adenda se efectúa en pleno uso de la libertad contractual de las partes.

- Los acuerdos a los que libremente han arribado las partes con relación a las condiciones económicas, han sido resultado de las negociaciones entre ellas, por lo que de conformidad a lo previsto en el artículo 1363 del Código Civil que dispone que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan, dichos pactos establecidos en el Décimo Cuarto Addendum, sólo involucran y resultan oponibles a las partes que lo han suscrito, no afectando a terceros operadores.

- Se debe tener en cuenta que, dentro del marco de los principios de no discriminación y de igualdad de acceso, los operadores pueden negociar condiciones distintas y acogerse a mejores prácticas que el operador que le brinda el acceso les otorgue a terceros en otra relación de acceso de iguales características.

- Con relación a las condiciones estipuladas en el Décimo Cuarto Addendum, resulta relevante aclarar que estas no constituyen la posición institucional del OSIPTEL. Por lo que, se debe precisar que, en concordancia con el marco normativo vigente, los términos de los referidos acuerdos, se adecuarán a las disposiciones normativas que emita este Organismo regulador y que le resulten aplicables.

- Queda a salvo el derecho de Flash Servicios de solicitar la modificación del contrato de acceso, en caso considere que corresponde se le repliquen condiciones contenidas en otras relaciones de OMV que tenga Telefónica, en caso que considere un trato discriminatorio, conforme a lo señalado en la normativa vigente

- Con respecto a la condición suspensiva del Décimo Cuarto Addendum para que surta efectos, se precisa que aquella se sujeta a lo establecido en el artículo 1404 del Código Civil, que indica que la licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo. Por lo tanto, la vigencia de las condiciones estipuladas en el Décimo Cuarto Addendum debe preverse cuando, de manera acreditada, se hayan cumplido íntegramente las demás condiciones.

Que, se verifica que la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario, a través del Informe N° 0036-GPSU/2020, concluye que el mecanismo se ajusta a lo dispuesto en la normativa regulatoria vigente, recomendando su aprobación;

Que, en ese sentido, en aplicación del artículo 43 de las Normas Complementarias se debe disponer la inclusión automática del Décimo Cuarto Addendum en el Registro de Contratos de Acceso de Operadores Móviles Virtuales, publicado en la página web institucional;

Que, conforme a lo establecido por el artículo 19 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, toda información que las empresas operadoras proporcionen al OSIPTEL, tiene carácter de Declaración Jurada; siendo aplicable el Principio de Presunción de Veracidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 42.1 y en el inciso 4 del artículo 56 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

De conformidad con lo previsto en los artículos 32 de las Normas Complementarias y, en aplicación de las atribuciones que corresponden a esta Gerencia General en virtud de lo establecido en el numeral 48.1 del artículo 48 de la referida norma; aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 009-2016-CD/OSIPTEL;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobar el denominado *"Décimo Cuarto Addendum al Contrato para la Prestación de Servicios Públicos Móviles por Parte de Operadores Móviles Virtuales*" suscrito el 25 de febrero de 2020, entre las empresas Telefónica del Perú S.A.A. e Incacel Móvil S.A., con la intervención de Flash Servicios Perú S.R.L. mediante el cual se dispone: (i) la modificación del Contrato Principal en los términos indicados en la parte considerativa de la presente resolución, (ii) especificar la vigencia del Décimo Cuarto Addendum; (iii) declarar que el resto del Contrato Principal permanecerá sin cambios.

Artículo 2.- Los términos del addendum que se aprueba mediante la presente resolución, se ejecutarán sujetándose a los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia, así como a las disposiciones que en materia de acceso sean aprobadas por el OSIPTEL.

Artículo 3.- Los términos del addendum a que hace referencia el Artículo 1 no constituyen la posición institucional del OSIPTEL ni serán de observancia obligatoria en los pronunciamientos que en materia de acceso emita este organismo regulador, salvo que se consideren más favorables a los administrados. Asimismo, los términos del referido addendum se adecuarán a las disposiciones normativas que emita el OSIPTEL y que le resulten aplicables.

Artículo 4.- Los términos y condiciones del addendum que se aprueba, sólo involucran y resultan oponibles a las partes que lo han suscrito y, no pueden afectar a terceros operadores que no los han suscrito; por lo que los operadores pueden negociar condiciones distintas y acogerse a mejores prácticas.

Artículo 5.- La presente resolución surte efectos al día siguiente de su notificación a las empresas concesionarias Telefónica del Perú S.A.A. e Incacel Móvil S.A.

Asimismo, la presente resolución se publicará en la página web del OSIPTEL: http://www.osiptel.gob.pe.

Artículo 6.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL, la inclusión del addendum que se aprueba mediante la presente resolución en el Registro de Contratos de Acceso de Operadores Móviles Virtuales publicado en la página web institucional (http://www.osiptel.gob.pe), el mismo que es de acceso público.

Regístrese y comuníquese,

Firmado digitalmente por:CIFUENTES CASTAÑEDA Sergio Enrique FAU 20216072155 soft

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL