



Gerencia de Relaciones Empresariales

Controversia entre Telmex Perú S.A. y Compañía Telefónica Andina S.A.

(Exp. 015-2005-CCO-ST/IX)

Informe Instructivo

Informe N° 003-ST/2008

Lima, 15 de agosto de 2008



ASUNTO	:	Informe Instructivo sobre la controversia entre Compañía Telefónica Andina S.A. y Telmex Perú S.A. (Exp. 015-2005-CCO-ST/CD-IX)
--------	---	--

I. OBJETIVO

El presente informe tiene como objeto presentar al Cuerpo Colegiado el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido por Telmex Perú S.A. (en adelante, TELMEX) contra Compañía Telefónica Andina S.A. (en adelante, TELEANDINA) por actos de competencia desleal.

Para el referido análisis se ha tomado en consideración la información solicitada por la Secretaría Técnica, así como los demás medios probatorios y documentos que obran en el expediente.

II. EMPRESAS INVOLUCRADAS

Demandante

TELMEX (antes AT&T) es una empresa privada dedicada a brindar servicios de telecomunicaciones. Por Resoluciones Ministeriales N° 023-99-MTC/15.03 y N° 024-99-MTC/15.03 del 21 de enero de 1999, esta empresa obtuvo la concesión para prestar el servicio público de portador de larga distancia nacional y larga distancia internacional. Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 146-99-MTC/15.03 del 15 de abril de 1999, se otorgó a esta empresa la concesión para prestar el servicio de telefonía fija local.

Demandada

TELEANDINA es una empresa privada que, mediante Resolución Ministerial N° 088-99-MTC/15.03 de fecha 17 de marzo de 1999, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de portador de larga distancia nacional e internacional en Lima y otras ciudades de provincias. Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 260-2001-MTC/15.03 de fecha 21 de junio de 2001 se otorgó a esta empresa la concesión para prestar el servicio de telefonía fija local.

III. PETITORIO DE LA DEMANDA E INCIDENCIAS PROCESALES

- 3.1. Mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2005 complementado mediante el escrito de fecha 4 de enero de 2006, TELMEX interpuso demanda contra TELEANDINA por supuestos actos de competencia desleal¹.

¹ Mediante Resolución N° 001-2005-CCO/OSIPTEL del 12 de diciembre de 2005 se requirió a TELMEX precisar su demanda. En atención a ello, y conforme al escrito de aclaración de la demanda presentado por TELMEX con fecha 4 de enero de 2006, las pretensiones de su demanda fueron las siguientes:

- Primera pretensión principal: Declarar que la práctica que ha realizado TELEANDINA consistente en haber prestado servicios de llamadas de larga distancia mediante el empleo de la línea de abonado (PRI 6119500) que contrató a TELMEX, constituye un uso indebido y/o fraudulento.
- Primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Declarar que la suspensión temporal del servicio, así como el corte definitivo del mismo que ha sido efectuado por TELMEX respecto de la línea de abonado (PRI 6119500) que fue contratada por TELEANDINA, resultan válidos y fueron realizados correctamente.
- Segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Declarar que como consecuencia del uso indebido y/o fraudulento de los servicios prestados por TELMEX, no se encuentra obligada a contratar en el futuro con TELEANDINA ni con ninguna otra persona natural o jurídica vinculada con TELEANDINA, la prestación de un servicio de telefonía fija local y/o arrendamiento de circuitos.

- 3.2. Mediante Resolución N° 002-2006-CCO/OSIPTEL del 24 de enero de 2006, se admitió parcialmente la demanda planteada por TELMEX², únicamente en lo que se refería a su segunda pretensión principal por la supuesta comisión de actos de violación de normas tipificados en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, al haberse valido TELEANDINA de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la contravención a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en adelante, Ley de Telecomunicaciones).

De acuerdo a lo denunciado por TELMEX:

- TELEANDINA habría prestado servicios de llamadas de larga distancia a terceros mediante la práctica denominada “*by pass*”, la cual consistía en cursar tráfico de larga distancia (por medio de las líneas de abonado PRI³ contratadas con TELMEX) mediante el marcado de números de teléfono de la red fija local (en el caso de las llamadas salientes), sin utilizar ninguna modalidad establecida en el marco regulatorio vigente para el enrutamiento de llamadas de larga distancia.
- TELEANDINA no habría actuado como un simple abonado al efectuar la práctica “*by pass*” sino como un operador en competencia con TELMEX y con los demás operadores, vulnerando las normas de competencia desleal y las normas regulatorias.

- 3.3. Mediante Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL del 27 de febrero de 2006, el Cuerpo Colegiado declaró infundadas las excepciones de incompetencia y excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa deducidas por TELEANDINA en su escrito de fecha 01 de febrero de 2006⁴. Con fecha 7 de

-
- Segunda pretensión principal: Sancionar a TELEANDINA bajo la cláusula general establecida en el artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal), en la medida que la práctica de “*by pass*” que ha sido implementada por TELEANDINA es contraria a la buena fe comercial y a las normas de corrección que deben regir en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

² El Cuerpo Colegiado declaró improcedentes las pretensiones principales y accesorias formuladas por TELEANDINA, básicamente por las siguientes razones:

- Respecto de la primera pretensión principal, se señaló que el Cuerpo Colegiado no era competente para avocarse a su conocimiento, toda vez que el artículo 2° del Reglamento de Controversias y el artículo 427° del Código Procesal Civil, no lo permiten. Asimismo, conforme al artículo 135.4° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, el competente para resolver esta pretensión es la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL, mas no el Cuerpo Colegiado. Respecto de las pretensiones accesorias, éstas corren la suerte de la principal, por lo que en aplicación del artículo 87° del Código Procesal Civil, fueron también declaradas improcedentes.
- Respecto de la segunda pretensión principal, se determinó que no era posible sancionar a TELEANDINA conforme al artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Libre Competencia, por lo que en este extremo esta pretensión se declaró improcedente. Sin embargo, conforme al artículo 74° del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias, se indicó que correspondía admitir la pretensión sancionatoria de TELMEX por actos de violación de normas tipificadas en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

³ Las líneas PRI son circuitos que tienen entre 10 a 30 canales para transmitir diversa información, dichas líneas se encuentran identificadas con un número telefónico. Las comunicaciones que se realizan a través de ellas toman cualquiera de los canales disponibles. Las líneas PRI se utilizaron como medios de interconexión transitoria, de conformidad con lo establecido por las Normas Complementarias en Materia de Interconexión, Resolución N° 014-99-CD/OSIPTEL.

⁴ El Cuerpo Colegiado indicó que (i) respecto a la falta de competencia del mismo, éste era plenamente competente para avocarse al conocimiento del presente procedimiento conforme a lo establecido en la Ley de Telecomunicaciones, la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL y el Reglamento General del OSIPTEL; y (ii) respecto a la falta de agotamiento de la vía administrativa previa, el pronunciamiento previo de la autoridad competente para supervisar el cumplimiento de las normas infringidas, no constituía un requisito de admisibilidad o procedencia de las demandas sobre actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

marzo de 2006, TELEANDINA presentó apelación contra la citada resolución, sólo en el extremo referido a la falta de agotamiento de la vía previa.

- 3.4. Mediante Resolución N° 010-2006-TSC del 3 de abril de 2006, el Tribunal de Solución de Controversias (TSC) declaró infundada la apelación presentada por TELEANDINA y, en consecuencia, confirmó la Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL.
- 3.5. Mediante Oficio N° 539-ST/2006 del 13 de diciembre de 2006 (fojas 352 del expediente), la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) que informe sobre las posibles infracciones a las normas de telecomunicaciones denunciadas en la controversia, pues el MTC se constituía como la entidad competente para supervisar el cumplimiento de la Ley de Telecomunicaciones. En respuesta a ello, el MTC emitió opinión mediante Oficio N° 0300-2007-MTC/18.02 de fecha 8 de marzo de 2007.
- 3.6. Con fecha 13 de julio de 2007, la Secretaría Técnica emitió el Informe Instructivo N° 005-ST/2007.
- 3.7. Mediante Resolución N° 023-2008-CCO/OSIPTEL del 15 de enero de 2008, el Cuerpo Colegiado declaró fundada en parte la demanda presentada por TELMEX contra TELEANDINA, referida a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Ello, en la medida que se habría detectado (i) infracción a lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones y, (ii) la obtención de una ventaja significativa por parte de TELEANDINA derivada de dicha infracción. En consecuencia, se impuso a la demandada una multa ascendente a veintitrés Unidades Impositivas Tributarias (23 UIT).
- 3.8. Mediante Resolución N° 006-2008-TSC/OSIPTEL del 17 de abril de 2008, el TSC resolvió la apelación formulada por TELEANDINA con fecha 4 de febrero de 2008, declarando nula la Resolución N° 023-2008-CCO/OSIPTEL. Al respecto, el TSC consideró que la solicitud realizada al MTC por parte de la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado para que informe sobre las posibles infracciones a las normas de telecomunicaciones denunciadas en la controversia (contenida en el Oficio N° 539-ST/2006), constituía un pedido genérico de información. En consecuencia, se ordenó retrotraer el procedimiento al momento en que se solicitó opinión al MTC mediante el indicado oficio (fojas 352 del expediente)
- 3.9. Mediante Resolución N° 025-2008-CCO/OSIPTEL del 9 de mayo de 2008, el Cuerpo Colegiado dispuso dar cumplimiento a lo dispuesto por el TSC en la Resolución N° 006-2008-TSC/OSIPTEL y, por consiguiente, retomar el trámite del procedimiento desde las fojas 352 del presente expediente.
- 3.10. Mediante Oficio N° 042-ST/2008 del 14 de mayo de 2008, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado solicitó al MTC emitir una opinión sobre las infracciones materia de la presente controversia en los términos indicados por el TSC. En respuesta a dicho requerimiento, el MTC remitió el Oficio N° 4363-2008-MTC/29 recibido el 6 de junio de 2008.
- 3.11. Mediante Oficio N° 5009-2008-MTC/29 recibido el 11 de julio de 2008, el MTC se dirigió a la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado indicando lo siguiente: (i) que TELMEX presentó una solicitud al MTC para que éste precise los alcances del Oficio N° 4363-2008-MTC/29 y, (ii) que, como consecuencia de dicho pedido,

requería que el OSIPTEL indicara si correspondía que el MTC emitiera un nuevo pronunciamiento absolviendo tal solicitud.

- 3.12. Mediante Oficio N° 083-ST/2008 del 14 de julio de 2008, la Secretaría Técnica indicó al MTC que se encontraba en consideración de dicho despacho realizar las precisiones que estimara pertinentes al Oficio N° 4363-2008-MTC/29 conforme a lo solicitado por TELMEX, en la medida que la referida controversia se encontraba en trámite.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

4.1 Posición de TELMEX

TELMEX ha señalado lo siguiente:

- Tal como ha quedado acreditado a partir de las inspecciones realizadas por la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL, TELEANDINA prestó servicios de llamadas de larga distancia a través del uso de la PRI 6119500 contratada a TELMEX, sin utilizar ninguno de los mecanismos establecidos por la regulación para el enrutamiento de llamadas de larga distancia, es decir, preselección, llamada por llamada o comercialización y, en consecuencia, sin asumir los costos que la regulación impone para prestar servicios.
- La práctica de “by pass” implementada por TELEANDINA “(...) es una modalidad fraudulenta de cursar tráfico de larga distancia que genera la existencia de un tráfico de llamadas clandestino que difícilmente puede ser monitoreado por la entidad reguladora”⁵.

4.2. Posición de TELEANDINA

TELEANDINA ha señalado lo siguiente:

- En relación con la admisión del procedimiento, indicó que el mismo “se encuentra incurso en causal de nulidad, resultando improcedente” por las siguientes razones:
 - El Cuerpo Colegiado carece de competencia para avocarse al conocimiento de la presente controversia porque no cuenta con facultades para imponer sanciones por actos contrarios a la leal competencia. En ese sentido, la vía

⁵ Ver escrito de aclaración de la demanda presentado por TELMEX con fecha 4 de enero de 2006.

Adicionalmente, en su escrito de fecha 5 de mayo de 2006, TELMEX señaló que TELEANDINA “(...) ha obtenido un ahorro considerable cometiendo una infracción grave prevista en el inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones”. A decir de TELMEX, dicho ahorro se habría traducido principalmente en las siguientes ventajas competitivas:

- Recuperación “mágica” de la inversión: la inversión que efectúa TELEANDINA por implementar la práctica de “by pass” se limita a la instalación de la PRI (US\$ 882,00). Por ello, con el ingreso del primer mes de servicio, TELEANDINA cubre íntegramente su inversión, a diferencia de un operador que presta servicios de larga distancia mediante el sistema de preselección, que necesitaría por lo menos de la facturación de 4 a 5 meses para cubrir su inversión.
- Rentabilidad exorbitante: el ahorro de costos de TELEANDINA le permite obtener una rentabilidad que es exorbitante frente a los operadores que compite en el mercado.
- Ahorro de costos de tipo tributario: mediante la práctica de “by pass”, TELEANDINA presta servicios de larga distancia de forma clandestina, de modo que, las rentas o ingresos obtenidos por dicha práctica no pueden ser fiscalizados o detectados por la Administración Tributaria.

para la imposición de dichas sanciones es el Procedimiento Único regulado en el Decreto Legislativo N° 807, cuya aplicación corresponde al INDECOPI.

- En el caso, no existe un pronunciamiento administrativo previo que declare que TELEANDINA ha prestado servicios de larga distancia empleando líneas de abonado contratadas a TELMEX, incurriendo con ello en uso indebido y/o fraudulento. La falta de un pronunciamiento administrativo previo impide dar inicio a la presente controversia.
 - TELMEX llevó a cabo un procedimiento de suspensión y corte de línea de abonado en el que TELEANDINA no ha participado ni fue notificada por el OSIPTEL por lo cual no pudo ejercer su derecho de defensa. Dicho procedimiento se ha desarrollado a partir de actas de inspección que contenían serias irregularidades que determinan que no se haya cumplido cabalmente con el procedimiento.
 - El Cuerpo Colegiado ha admitido la pretensión de TELMEX como la presunta comisión de actos de violación de normas, sin determinar cuáles son las normas violadas por TELEANDINA.
- Respecto de los argumentos de fondo, TELEANDINA indicó lo siguiente:
 - El suministro de la línea PRI 6119500 está directamente vinculado a los contratos suscritos entre TELEANDINA y TELMEX, como también a los suscritos entre TELMEX y Megacon Corporation con la participación de TELEANDINA, cuyo contenido no puede ser revelado por TELEANDINA toda vez que ha suscrito un convenio de confidencialidad.
 - El supuesto tráfico clandestino no es tal, pues TELMEX debe estar capacitado técnicamente para registrar el tráfico cursado a nivel de detalle, por lo que además es totalmente susceptible de fiscalización por parte de OSIPTEL.
 - TELEANDINA no ha estado compitiendo en el segmento de mercado de servicios de llamadas de larga distancia, por lo que no puede existir competencia desleal contra un servicio que no es prestado. TELEANDINA se encuentra imposibilitada de prestar servicios de llamadas telefónicas de larga distancia en la modalidad de preselección y de llamada por llamada para los usuarios y abonados de la red pública nacional que emplean terceras redes, debido a la negativa de TELMEX de prestar el servicio de tránsito conmutado⁶.

V. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DEL CUERPO COLEGIADO

5.1. Información solicitada a la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL

- Mediante Oficio N° 013-ST/2005 de fecha 12 de enero de 2006, esta Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Fiscalización que remita copia de los actuados en las acciones de supervisión realizadas a solicitud de TELMEX en su local de Villa El Salvador, a fin de acreditar el uso indebido de la línea de abonado por parte de TELEANDINA. En atención a este requerimiento, la Gerencia de Fiscalización remitió el Memorando N° 048-GFS/2006 de fecha 23 de enero de 2006 mediante el cual envió copia de los actuados relativos a las acciones de supervisión realizadas los días 15 de setiembre y 28 de octubre de 2005 a solicitud de TELMEX, a efectos de verificar los hechos materia del caso.

⁶ Al respecto, TELEANDINA indicó que tendría indicios de que TELMEX habría realizado concertación con terceros con el propósito de obstaculizar su ingreso al mercado de las telecomunicaciones.

- Mediante Oficio N° 050-2005-CCO-ST/IX de fecha 18 de abril de 2007, esta Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Fiscalización información relativa a los ingresos brutos de TELEANDINA por la prestación de servicios de telecomunicaciones correspondientes al periodo comprendido entre 2001 a 2006, así como los ingresos facturados y percibidos por dicha empresa correspondientes al mencionado periodo. En atención a esta solicitud, mediante Memorando N° 225-GFS/2007 de fecha 3 de mayo de 2007, la Gerencia de Fiscalización remitió la información indicada.

5.2. Información solicitada al INDECOPI

- Mediante Oficio N° 402-ST/2006 de fecha 3 de agosto de 2006, la Secretaría Técnica solicitó a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando dicha entidad en materia de leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos con ocasión de los hechos materia de la presente controversia, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 78° del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Controversias)⁷. En atención a esta solicitud, con fecha 5 de setiembre de 2006, el INDECOPI remitió el Oficio N° 045-2006-CCD/INDECOPI, el cual adjuntaba el Informe N° 034-2006/CCD-INDECOPI.

5.3. Información solicitada al MTC

- Mediante Oficio N° 042-ST/2008 del 14 de mayo de 2008 solicitó a la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) opinión sobre las infracciones materia de la presente controversia, conforme a lo indicado por el TSC en su Resolución N° 006-2008-TSC/OSIPTEL del 17 de abril de 2008, en la cual consideró que la solicitud contenida en el Oficio N° 539-ST/2006 constituía un pedido genérico de información que invalidaba el presente procedimiento. En respuesta a dicho requerimiento, el MTC remitió el Oficio N° 4363-2008-MTC/29 recibido el 6 de junio de 2008⁸.

VI. LA NULIDAD DEL INICIO DEL PROCEDIMIENTO ALEGADA POR TELEANDINA

6.1. La supuesta falta de competencia del Cuerpo Colegiado

⁷ **REGLAMENTO DE CONTROVERSIAS. Artículo 78°.- Informe de INDECOPI.** En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.

⁸ Tal y como se ha mencionado en la sección antecedentes, mediante Oficio N° 539-ST/2006 del 13 de diciembre de 2006 (fojas 352), la Secretaría Técnica solicitó al MTC, un informe sobre las posibles infracciones a las normas de telecomunicaciones denunciadas en la presente controversia. En atención a la solicitud formulada, el MTC emitió opinión mediante Oficio N° 0300-2007-MTC/18.02 de fecha 8 de marzo de 2007. Sobre el particular, debe indicarse que el TSC declaró nulo lo actuado desde la emisión del Oficio N° 539-ST/2006, al considerar que el requerimiento contenido en éste constituía un pedido genérico de información.

TELEANDINA ha señalado que el presente procedimiento “se encuentra incurso en causal de nulidad, resultando improcedente”. Una de las razones formuladas por TELEANDINA es que el Cuerpo Colegiado carece de competencia para avocarse al conocimiento de la presente controversia porque no cuenta con facultades para imponer sanciones por actos contrarios a la leal competencia. En ese sentido, el procedimiento para la imposición de dichas sanciones es el Procedimiento Único regulado en el Decreto Legislativo N° 807, cuya aplicación corresponde al INDECOPI.

Al respecto, debe señalarse que mediante escrito de fecha 01 de febrero de 2006, TELEANDINA formuló excepción de incompetencia, sobre la base de los mismos argumentos expuestos en su contestación de demanda.

Mediante Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL del 27 de febrero de 2006, el Cuerpo Colegiado declaró infundada la excepción de incompetencia planteada por TELEANDINA indicando que es plenamente competente para avocarse al conocimiento del presente procedimiento que versa sobre la presunta comisión de actos de competencia desleal en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones y, de ser el caso, imponer las sanciones respectivas.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado señaló que el artículo 78° de la Ley de Telecomunicaciones establece que el OSIPTEL tiene facultad para resolver las controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, entre otros, en los casos relacionados con el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia. En la medida que dichos incumplimientos constituyen infracciones, es claro que la potestad otorgada por la norma para resolver este tipo de controversias, implica resolver controversias vinculadas con infracciones e imponer sanciones.

En tal sentido, se indicó que la Ley N° 27336 también recoge la competencia del OSIPTEL para sancionar actos contrarios a la leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, precisando que la ley que debe aplicarse en la tipificación de las infracciones y en el establecimiento de las sanciones es la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal⁹.

Finalmente, el Cuerpo Colegiado precisó que de acuerdo a lo establecido en el artículo 57° del Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (Reglamento del OSIPTEL)¹⁰, el procedimiento aplicable para la tramitación de los actos de competencia desleal en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones es el establecido en el Reglamento de Controversias.

⁹ **LEY N° 27336. Artículo 24°.- Facultad sancionadora y de tipificación.**

24.1 OSIPTEL se encuentra facultado a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley. (...)

Artículo 25°.- Calificación de infracciones y niveles de multa.

25.1 Las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que OSIPTEL haya emitido o emita. (...)

Artículo 26°.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales.

26.1 Se exceptúan del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o leal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 261222 [Ley de Competencia Desleal] y aquellas que las modifiquen o sustituyan. (El subrayado es agregado).

¹⁰ **REGLAMENTO DEL OSIPTEL. Artículo 53°.- Controversias entre Empresas.**

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia. (...)

La Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL no fue apelada por TELEANDINA en lo referido a la competencia del Cuerpo Colegiado, por lo cual dicho pronunciamiento constituye cosa decidida en sede administrativa.

En consecuencia, la Secretaría Técnica considera que los argumentos esgrimidos por TELEANDINA sobre la supuesta nulidad del procedimiento por falta de competencia del Cuerpo Colegiado no resultan atendibles, puesto que dicha instancia ha definido que es competente para avocarse al conocimiento del presente procedimiento y tal pronunciamiento constituye una cosa decidida en sede administrativa.

6.2. La supuesta falta de agotamiento de la vía administrativa

6.2.1. Los hechos materia de supervisión por parte de la Gerencia de Fiscalización

A fin de facilitar el análisis de los argumentos esgrimidos por TELEANDINA respecto de la falta de un procedimiento previo que declare que dicha empresa ha prestado servicios de larga distancia empleando líneas de abonado PRI contratadas a TELMEX (incurriendo con ello en un uso indebido de dicho servicio), se procede a detallar brevemente los antecedentes y hechos que suscitaron la realización de las inspecciones realizadas por la Gerencia de Fiscalización:

- Con fecha 28 de junio de 2002, se suscribió el Contrato No. 0657, en virtud del cual TELMEX proporcionó a TELEANDINA la línea de abonado (PRI 6119500) para que fuera utilizada por esta última empresa de manera exclusiva para sus comunicaciones.
- TELMEX, solicitó al OSIPTEL hasta en dos oportunidades (14 de setiembre de 2005 y 27 de octubre de 2005) que realice las acciones de supervisión correspondientes a fin de verificar el uso indebido del servicio de abonados contratado por TELEANDINA, pues esta empresa se encontraba utilizando la PRI 6119500 provista por TELMEX para prestar servicios de larga distancia a terceros mediante la práctica denominada “by pass”.
- En respuesta a tales solicitudes, con fechas 15 de setiembre de 2005 y 28 de octubre de 2005, la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL llevó a cabo las acciones de supervisión solicitadas. En ambas oportunidades, se verificó el uso indebido de la línea de abonado PRI 6119500 antes descrito y se puso en conocimiento de TELMEX que resultaba aplicable el procedimiento de suspensión y corte aprobado por la Resolución N° 024-99-CD/OSIPTEL entonces vigente¹¹.

¹¹ Sobre el particular debe indicarse lo siguiente:

- Primera acción de supervisión: Mediante comunicación de fecha 28 de setiembre de 2005, la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL informó a TELMEX que el 15 de setiembre de 2005 se llevó a cabo la acción de supervisión solicitada en la que se verificó que “por la línea PRI N° 6119500, de titularidad de la empresa Teleandina se recibe tráfico telefónico procedente de Estados Unidos”. Por ello, en opinión de la Gerencia de Fiscalización “al haberse verificado el uso indebido, a la mencionada línea de abonado (PRI 6119500) le es aplicable la Resolución N° 024-99-CD/OSIPTEL”.
- Segunda acción de supervisión: Mediante comunicación de fecha 14 de noviembre de 2005, la Gerencia de Fiscalización informó a TELMEX que el 28 de octubre de 2005 se llevó a cabo una acción de supervisión en la que se verificó que “al marcar los números DID suministrados por Telmex a Teleandina las llamadas terminan en ciudades de Estados Unidos” por lo cual a las “líneas PRI N° (...) 6119500 le es aplicable la Resolución N° 024-99-CD/OSIPTEL”.

- Conforme a ello, el 11 de octubre de 2005, TELMEX suspendió por un plazo de 15 días el servicio prestado a TELEANDINA por uso indebido del mismo. Posteriormente, el 22 de noviembre de 2005, con ocasión de la segunda solicitud de inspección realizada al OSIPTEL y la consecuente respuesta de la Gerencia de Fiscalización, TELMEX procedió a la desconexión definitiva del servicio prestado a TELEANDINA al haber detectado reincidencia en el uso indebido del mismo.
- Mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2005 complementado mediante el escrito de fecha 4 de enero de 2006, TELMEX interpuso demanda contra TELEANDINA por supuestos actos de competencia desleal en virtud de los hechos antes indicados.

6.2.2. Las Resoluciones del Cuerpo Colegiado y del Tribunal de Solución de Controversias

Como se ha mencionado, TELEANDINA ha indicado que no existe un pronunciamiento administrativo previo que declare que dicha empresa ha prestado servicios de larga distancia empleando líneas de abonado PRI contratadas a TELMEX, incurriendo con ello en uso indebido. Al respecto, señaló que TELMEX siguió un procedimiento irregular de suspensión y corte de línea de abonado en el que TELEANDINA no participó y que tampoco el OSIPTEL comunicó en su oportunidad, razón por la cual no pudo ejercer su derecho de defensa.

Sobre el particular, debe recordarse que TELEANDINA formuló excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa mediante escrito de fecha 01 de febrero de 2006, argumentando que no debía continuarse con la tramitación de la presente controversia porque el procedimiento de suspensión del servicio iniciado por TELMEX no había culminado con una resolución administrativa firme que haya establecido el uso indebido de los servicios de telecomunicaciones por TELEANDINA.

Por Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL del 27 de febrero de 2006, el Cuerpo Colegiado declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa previa, al considerar que el pronunciamiento previo de la autoridad competente para supervisar el cumplimiento de las normas infringidas, no constituía un requisito de admisibilidad o procedencia de las demandas sobre actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. TELEANDINA, al discrepar del pronunciamiento emitido por el Cuerpo Colegiado a este respecto, apeló la Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL en este extremo.

En segunda instancia administrativa, el TSC, mediante Resolución N° 010-2006-TSC/OSIPTEL del 3 de abril de 2006, declaró infundada la apelación presentada por TELEANDINA, confirmando la Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL.

Al respecto, conviene indicar que el TSC señaló que el hecho que se admitiera a trámite la demanda por presunta competencia desleal en la modalidad de violación de normas implica que existen indicios razonables de que hay una norma regulatoria presuntamente vulnerada o que, existe certeza de que la norma ha sido vulnerada.

En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 28.2 de la Ley N° 27336¹² y en el numeral 6.2.4 de los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones aprobados por la Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTel (Lineamientos de Competencia Desleal)¹³, el TSC señaló que se encontraba legalmente establecida la posibilidad de admitir a trámite un procedimiento por competencia desleal en la modalidad de violación de normas que será conocido por los órganos de solución de controversias, sin que sea necesario el contar previamente con un pronunciamiento legal firme de que la norma regulatoria ha sido transgredida.

Al haberse pronunciado el TSC, en su oportunidad, en segunda y última instancia administrativa respecto de los argumentos formulados por TELEANDINA, dicho pronunciamiento final emitido por el TSC constituye cosa decidida y firme en sede administrativa respecto de la necesidad de un pronunciamiento previo sobre la existencia de una contravención a las normas regulatorias.

Asimismo, cabe señalar que el TSC también se pronunció sobre las supuestas irregularidades del procedimiento de suspensión y corte del servicio de abonado aludidas por TELEANDINA, precisando que tales irregularidades no eran materia del procedimiento, en los siguientes términos:

“Finalmente, respecto a lo sostenido por Teleandina con relación a que en el Expediente N° 000302-2005-GG-GFS/23-02 no se ha respetado el debido proceso y que dicho proceso no concluyó con una resolución que determine el uso indebido de la línea de abonado, este Tribunal considera que no es el órgano competente para pronunciarse sobre si el proceso seguido en el Expediente N° 000302-2005-GG-GFS/23-02 se ha realizado conforme a lo establecido en la Resolución N° 024-99-CD/OSIPTel o si se ha respetado o no el debido proceso. Si ello ha sido así no es materia del presente procedimiento y tampoco es facultad de este Tribunal determinar lo contrario”.

De otro lado, TELEANDINA ha indicado que al momento que la Gerencia de Fiscalización dio trámite al pedido de TELMEX de realizar un acto de verificación de una supuesta práctica de uso indebido de la línea de abonado, el OSIPTel debió poner en conocimiento de TELEANDINA la denuncia para ejercer su derecho de defensa, siendo ello causal de nulidad de lo actuado.

Sin perjuicio de lo expresado líneas arriba, debe indicarse que en el expediente obra el Memorando N° 200-GFS/2006 de la Gerencia de Fiscalización, conforme al cual los actos administrativos emitidos durante el procedimiento de corte y suspensión han quedado firmes al no haber sido impugnados por las partes en su oportunidad. En ese sentido, no existe vulneración al derecho de defensa conforme a lo indicado por TELEANDINA.

Finalmente, debe considerarse que el TSC en su Resolución N° 006-2008-TSC/OSIPTel del 17 de abril de 2008, dicha instancia reiteró los argumentos

¹² **LEY N° 27336. Artículo 28°.- Independencia de responsabilidades.**

28.2. Son independientes las infracciones administrativas relacionadas con el incumplimiento de las normas sectoriales respecto de las infracciones administrativas relacionadas con la leal o libre competencia.

¹³ En los Lineamientos se establece en el acápite 6.2.4. :

“(…) Para determinar si se ha producido la infracción de una norma, OSIPTel constatará la infracción directamente, a través de la Gerencia de Fiscalización, cuando le corresponda controlar su cumplimiento, de lo contrario solicitará la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar la norma que corresponda, sin que dicha opinión sea requisito para la admisibilidad de las demandas”.

vertidos en su Resolución N° 010-2006-TSC/OSIPTEL que declaró infundada la apelación presentada por TELEANDINA sobre este extremo.

En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que deben desestimarse los argumentos esgrimidos por TELEANDINA sobre la supuesta nulidad del procedimiento en este extremo.

6.2.3. La supuesta falta de determinación de las normas violadas

TELEANDINA ha señalado que el Cuerpo Colegiado ha admitido la pretensión de TELMEX como la presunta comisión de actos de violación de normas, sin determinar cuáles son las normas violadas por TELEANDINA.

Contrariamente a lo señalado por TELEANDINA, mediante Resolución N° 002-2004-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 74° del Reglamento de Controversias, identificó los actos constitutivos de la supuesta infracción, así como la infracción materia de la controversia.

En este sentido, en dicha resolución, el Cuerpo Colegiado consideró que el uso indebido de la línea de abonado que contrató TELEANDINA a TELMEX para prestar servicios de llamadas de larga distancia constituiría una contravención al artículo 88° inciso 9) de la Ley de Telecomunicaciones, la cual resultaba susceptible de generar a TELEANDINA una ventaja competitiva significativa respecto de los demás operadores concesionarios del servicio portador de larga distancia que prestan dicho servicio empleando las vías establecidas para ello en la regulación; y, por tanto, podría constituir un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificado en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

Por lo expuesto en los acápites precedentes, la Secretaría Técnica considera que deben desestimarse los argumentos de TELEANDINA sobre la supuesta nulidad del procedimiento.

VII. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS: ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE NORMAS

7.1. La definición de la práctica

De acuerdo con lo previsto en el contrato de abonado del servicio de una línea PRI suscrito entre TELEANDINA y TELMEX (Contrato N° 0657), esta última empresa le asignó un número determinado de líneas telefónicas a TELEANDINA, dejándose a salvo lo siguiente:

“Cláusula Cuarta: De las obligaciones de EL CLIENTE.- Son obligaciones de EL CLIENTE las siguientes:

(...)

En particular, queda expresamente convenido que las líneas materia del presente contrato serán utilizadas por EL CLIENTE para la realización de sus propias comunicaciones, quedando expresamente prohibida su utilización para la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros, o para cualquier otro fin distinto.

(...)” (El subrayado es agregado).

Conforme a ello, el Contrato suscrito entre ambas empresas habría dejado establecido el uso (o utilización) no permitido de las líneas contratadas para la prestación del servicio de abonado.

El Cuerpo Colegiado en su Resolución N° 002-2006-CCO/OSIPTEL identificó como actos constitutivos de la supuesta infracción denunciada el uso indebido de un servicio de telecomunicaciones tipificado en el artículo 88° inciso 9) de la Ley de Telecomunicaciones.

Por tanto, en atención a lo establecido en la Resolución N° 002-2004-CCO/OSIPTEL y en la Resolución N° 010-2006-TSC/OSIPTEL, en el presente informe se analizará si el supuesto uso indebido de la línea de abonado que contrató TELEANDINA a TELMEX para prestar servicios de llamadas de larga distancia ha generado a TELEANDINA una ventaja competitiva significativa respecto de los demás operadores concesionarios del servicio portador de larga distancia que prestan dicho servicio empleando las vías establecidas para ello en la regulación; y, por tanto, si podría constituir un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificado en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

7.2. Marco Conceptual

Antes de proceder con el desarrollo del marco normativo aplicable, debe recordarse que los hechos materia de denuncia se suscitaron entre setiembre y noviembre de 2005, los mismos que dieron lugar a la interposición de la demanda y su consecuente admisión a trámite entre noviembre de 2005 y enero de 2006, respectivamente.

Cabe indicar que si bien los hechos materia de controversia y de la demanda formulada contra TELEANDINA, se encontraban referidos a la presunta comisión de actos de violación de normas tipificados en el artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26122 (Ley sobre Represión de la Competencia Desleal)¹⁴ vigente al momento de tales hechos; conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1044, esta nueva disposición es de aplicación inmediata a los procedimientos en trámite iniciados por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas:

“SÉPTIMA.- Vigencia y aplicación.-

*La presente Ley entrará en vigencia luego de treinta (30) días calendario de la fecha de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y **será aplicable inmediatamente en todas sus disposiciones**, salvo en las que ordenan el procedimiento administrativo, incluidas las que determinan la escala de sanciones, las que serán aplicables únicamente a los procedimientos iniciados con posterioridad a su vigencia”.*

En efecto, con fecha 25 de julio de 2008 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1044 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Dicha norma en su artículo 14° prevé el supuesto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas conforme a lo siguiente:

¹⁴ Aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI.

“Artículo 14º.- 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 en el mercado obtenida mediante la infracción de las normas.

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

*a) Cuando se apruebe 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,
(...)”*

Sobre el particular, conviene precisar que la aplicación de las nuevas disposiciones contenidas en el artículo 14º de la reciente Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044) referidas a los actos de violación de normas -en el caso en particular- no difieren del supuesto contenido en el artículo 17º de la Ley N° 26122¹⁵.

Por su parte, los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL señalan que para que se configure la infracción citada deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que se infrinja una norma legal, cualquiera sea su rango; (ii) que dicha infracción genere una ventaja significativa para el infractor; y (iii) que el infractor se valga de tal ventaja en el mercado.

Dado que los hechos materia de la demanda interpuesta por TELMEX, versan sobre actos de violación de normas configurados por el supuesto uso indebido de la línea de abonado que contrató TELEANDINA a TELMEX para prestar servicios de llamadas de larga distancia, se procederá a analizar si en el presente caso se han configurado los requisitos antes mencionados, en concordancia con lo previsto por el artículo 14º del Decreto Legislativo N° 1044, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

7.2.1. Primer requisito: la infracción a las normas de carácter imperativo

De acuerdo a los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL para que se configure un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, se considerará la infracción de normas legales de carácter imperativo, es decir, aquellas que establecen deberes al administrado y, adicionalmente, las normas declarativas que reconocen derechos que puedan ser aprovechadas para incurrir en prácticas desleales¹⁶.

¹⁵ **Ley N° 26122. Artículo 17º.-** Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

¹⁶ Al respecto, los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL señalan lo siguiente:

“Para esta figura OSIPTEL considerará solamente la infracción de normas legales de carácter imperativo, es decir aquellas que establecen deberes al administrado, salvo que exista evidencia de que la infracción de las normas declarativas, que reconocen derechos, pueda ser aprovechada para incurrir en prácticas desleales que no se encuentren reguladas por otras disposiciones de la Ley.

Para determinar si se ha producido la infracción de una norma, OSIPTEL constatará la infracción directamente, a través de la Gerencia de Fiscalización, cuando le corresponda controlar su cumplimiento, de lo contrario solicitará la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda, sin que dicha opinión sea requisito de admisibilidad de las demandas.”

Así, para determinar si se ha producido la infracción de una norma, el OSIPTEL constatará la infracción directamente, a través de la Gerencia de Fiscalización, cuando le corresponda controlar su cumplimiento, de lo contrario solicitará la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda, sin que dicha opinión sea requisito de admisibilidad de las demandas.

El inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones señala que la utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones constituye infracción grave¹⁷.

Es claro que dicha norma señala que la utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones se encuentra tipificada como una infracción. Adicionalmente, a partir de la lectura de la mencionada norma se desprende que existe un derecho de los operadores, como es el caso de TELEANDINA, a la utilización de los servicios de telecomunicaciones dentro de lo establecido en las disposiciones que regulan tal utilización, lo cual también ha sido reconocido expresamente en el artículo 3º de la Ley de Telecomunicaciones¹⁸.

Es así que el inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones tipifica una infracción y a la vez reconoce implícitamente el derecho a la utilización de los servicios de telecomunicaciones.

En consecuencia, en el presente caso resulta necesario determinar si existen indicios de la contravención al inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones ya sea a través de (i) la comisión de una infracción o, (ii) la existencia de algún aprovechamiento indebido al derecho de uso de los servicios de telecomunicaciones reconocido en el referido artículo.

7.2.1.1. El requerimiento de información al MTC

Tal como se señaló anteriormente, con fecha 28 de junio de 2002, se suscribió el Contrato No. 0657, en virtud al cual TELMEX proporcionó a TELEANDINA la línea de abonado (PRI 6119500) para que fuera utilizada por esta última empresa de manera exclusiva para sus comunicaciones:

“Cláusula Cuarta: De las obligaciones de EL CLIENTE.- Son obligaciones de EL CLIENTE las siguientes:

(...)

En particular, queda expresamente convenido que las líneas materia del presente contrato serán utilizadas por EL CLIENTE para la realización de sus propias comunicaciones, quedando expresamente prohibida su utilización para la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros, o para cualquier otro fin distinto.”

Conforme a lo indicado por TELMEX en su denuncia, TELEANDINA habría prestado servicios de llamadas de larga distancia a través del uso de la PRI 6119500, contraviniendo lo expresamente establecido en dicho contrato y sin utilizar ninguno de los mecanismos establecidos por la regulación para el

¹⁷ **LEY DE TELECOMUNICACIONES. Artículo 88º.-** Constituyen infracciones graves:

(...)

9) La utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones.

¹⁸ **LEY DE TELECOMUNICACIONES. Artículo 3º.-** Toda persona tiene derecho a usar y prestar servicios de telecomunicaciones en la forma señalado por las disposiciones de la materia.

enrutamiento de llamadas de larga distancia, es decir, interconexión (preselección o llamada por llamada) o comercialización.

El Oficio Nº 4363-2008-MTC/29 emitido por el MTC

Mediante Resolución Nº 006-2008-TSC/OSIPTEL del 17 de abril de 2008, el TSC declaró nulo el pronunciamiento emitido por el Cuerpo Colegiado en su Resolución Nº 023-2008-CCO/OSIPTEL, al considerar que la solicitud realizada por la Secretaría Técnica para que el MTC emita opinión sobre las infracciones denunciadas (contenida en el Oficio Nº 539-ST/2006) constituía un pedido genérico de información que invalidaba el presente procedimiento. Conforme a ello, el TSC dispuso que se retome la tramitación del procedimiento debiendo realizarse un nuevo requerimiento de información al MTC conforme a los términos indicados por el TSC¹⁹.

Como se ha mencionado en la sección antecedentes, mediante Resolución Nº 025-2008-CCO/OSIPTEL del 9 de mayo de 2008, el Cuerpo Colegiado dispuso dar cumplimiento a lo dispuesto por el TSC en la Resolución Nº 006-2008-TSC/OSIPTEL y, por consiguiente, retomar el trámite del procedimiento desde las fojas 352 del presente expediente (donde figuraba el primer pedido de información realizado por la Secretaría Técnica al MTC, Oficio Nº 539-ST/2006)²⁰.

¹⁹ Mediante Oficio Nº 539-ST/2006 (fojas 352 del expediente), la Secretaría Técnica solicitó al MTC que informe sobre las posibles infracciones a las normas de telecomunicaciones denunciadas en la presente controversia. En respuesta a la solicitud formulada, el MTC emitió opinión mediante **Oficio Nº 0300-2007-MTC/18.02**, en el siguiente sentido:

"(...) se verificó en ese entonces que la empresa observada estuvo realizando llamadas de larga distancia con el número 611-9500 asignado a la empresa TELMEX PERU S.A., como troncal de interconexión lo cual constituiría uso indebido del servicio, conforme a la controversia seguida ante la entidad que representa. Asimismo, de los resultados contenidos en las Actas de Inspección Técnica Ns. 00545 y 000546 del 06 de febrero de 2006 se concluyó que a la fecha la empresa no opera ni tiene equipos instalados en las direcciones correspondientes a sus centrales, razón por la cual no existen presupuestos de infracción administrativa de competencia de esta Dirección (...)". (El resaltado es nuestro).

De la lectura del oficio remitido por el MTC se desprendía que no existían los presupuestos de una infracción administrativa en razón de que a tal fecha la empresa no operaba ni tenía equipos instalados en las direcciones correspondientes a sus centrales. Adicionalmente a ello, el oficio del MTC expresaba que existía un uso indebido del servicio de acuerdo a los términos de la controversia seguida ante el OSIPTEL. Para sustentar esta conclusión, el MTC se basó en el Informe Nº 2096-2005-MTC/18.01.0 del 10 de noviembre de 2005, el cual señala que durante las inspecciones realizadas por dicho Ministerio, el 2 de noviembre de 2005:

"(...) se verificó que la empresa Compañía Telefónica Andina S.A. está realizando llamadas de larga distancia con el número telefónico asignado por la empresa TELMEX PERU S.A. como troncal de interconexión, lo cual constituye uso indebido del servicio (...)" (El resaltado es nuestro).

En atención a lo informado por el MTC en dicha oportunidad, tanto la Secretaría Técnica (Informe Instructivo Nº 004-2007) como en el Cuerpo Colegiado (Resolución Nº 023-2008-CCO/OSIPTEL) concluyeron que en el presente caso TELEANDINA efectuó un uso indebido del servicio de telefonía fija provisto por TELMEX para cursar llamadas de larga distancia internacional sin emplear la interconexión ni la comercialización que constituyen los mecanismos legales para ello y, por tanto, ha contravenido el inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones que reconoce el derecho al uso debido de los servicios de telecomunicaciones y que –a la vez– tipifica una infracción.

Dicha conclusión también se corroboraba por el resultado de las inspecciones efectuadas en setiembre y octubre de 2005 por la Gerencia de Fiscalización a pedido de TELMEX.

²⁰ Sin perjuicio de que esta Secretaría Técnica ha procedido a dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por el TSC, se considera pertinente señalar que en todos los casos tramitados en materia de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, se realizaron los requerimientos de información para que las entidades competentes indiquen si los hechos materia de denuncia involucran infracciones a las normas de sus respectivos ámbitos de competencia, de acuerdo a los mismos criterios contenidos en el requerimiento realizado al MTC mediante el Oficio Nº 539-ST/2006 y sin que dichos requerimientos hayan sido cuestionados en tales oportunidades.

Mediante Oficio N° 042-ST/2008 del 14 de mayo de 2008, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado solicitó al MTC emitir una opinión puntual sobre las infracciones materia de la presente controversia en los términos indicados por el TSC, conforme al siguiente detalle:

“En atención a lo dispuesto por el Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 025-2008-CCO/OSIPTEL del 09 de mayo de 2008, solicitamos a su despacho:

- (i) Emitir su opinión con relación a si la conducta denunciada, es decir, si la utilización de una línea de abonado para prestar servicios de larga distancia por parte de TELEANDINA, vulnera lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones; y,*
- (ii) Informar sobre la existencia de algún procedimiento iniciado, seguido o culminado visto ante el MTC en contra de TELEANDINA sobre la comisión de infracciones a lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones con ocasión de los hechos materia de la presente.”*

En respuesta a dicho requerimiento, el MTC remitió el **Oficio N°4363-2008-MTC/29** recibido el 6 de junio de 2008, indicando lo siguiente:

“(…) mediante Oficio N° 0300-2007-MTC/18.02 se le comunicó con respecto al caso, la decisión de esta administración sobre el archivamiento de los actuados, ratificándonos en el contenido de dicho Oficio, más aún teniendo en cuenta que para la vulneración de lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones, de acuerdo a lo precisado en el inciso b) del artículo 261° del T.U.O. del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones no se trataría de una comercialización de servicios de telecomunicaciones y/o tráfico de terceros de servicios que no cuentan con concesión, al ser la empresa TELEANDINA una empresa privada concesionaria, no configurándose tampoco los presupuestos de los incisos a) y c) del citado artículo.

*Finalmente ponemos en conocimiento que a la fecha **no existe ningún procedimiento iniciado o en evaluación contra la empresa TELEANDINA por infracción alguna** en la normatividad de telecomunicaciones, dándose por absuelta su consulta.”* (El resaltado es nuestro).

A continuación se procede a realizar el análisis correspondiente para determinar si, conforme a lo informado por el MTC, existió vulneración al inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones para luego determinar la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

7.2.1.2. Análisis de la infracción a las normas

Como se ha mencionado anteriormente, para que se configure un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debe evaluarse en primer lugar la existencia de infracciones de normas legales de carácter imperativo, para luego analizar la existencia de una ventaja significativa obtenida por el infractor derivada de la vulneración de tal norma.

En el presente caso, dicha infracción debía estar referida a la vulneración de lo previsto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones que reconoce el derecho al uso debido de los servicios de telecomunicaciones y que – a la vez- tipifica una infracción.

De la revisión del Oficio N°4363-2008-MTC/29 remitido por el MTC, se puede deducir lo siguiente:

- a. el MTC realizó el archivamiento de los actuados con ocasión de las supervisiones detalladas en el primer Oficio N° 0300-2007-MTC/18.02 (supervisiones sobre los hechos materia de controversia):

- b. dicho archivamiento se realizó considerando que no se habría configurado la vulneración de lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones:
- c. a la fecha no existe ningún procedimiento iniciado o en evaluación contra la empresa TELEANDINA por infracción alguna en la normatividad de telecomunicaciones:

En tal sentido y conforme a lo indicado por el propio MTC, la práctica consistente en la utilización de la línea de abonado para prestar servicios de larga distancia por parte de TELEANDINA (uso indebido del servicio), no vulnera lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones.

En consecuencia: (i) no se ha configurado el primer supuesto de análisis consistente en la existencia de infracciones de normas legales de carácter imperativo y (ii) al no existir tales infracciones no corresponde realizar el análisis de la existencia de una ventaja significativa obtenida por la demandada.

Por tanto, al no cumplirse los supuestos indicados no se habría acreditado la comisión de actos de violación de normas, conforme a lo denunciado por TELMEX.

Por lo expuesto, esta Secretaría Técnica en atención a lo informado por el MTC, es de la opinión que no se ha configurado la existencia de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 14° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (antes, artículo 17° de la Ley N° 26122).

VIII. CONCLUSIONES

En el presente caso la la Secretaría Técnica es de la opinión que:

- (i) Conforme a lo informado por el MTC en el Oficio N° 0300-2007-MTC/18.02 del 06 de junio de 2008, la práctica de TELEANDINA consistente en la utilización de la línea de abonado para prestar servicios de larga distancia por parte de TELEANDINA (uso indebido del servicio), no vulnera lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones
- (ii) No habría quedado acreditada la existencia de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificado en el artículo 14° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (antes, artículo 17° de la Ley N° 26122).

ANA ROSA MARTINELLI
Secretaria Técnica