

Gerencia de Relaciones Empresariales

Controversia entre AT&T Perú S.A. y Telefónica Móviles S.A.C. (Exp. 003-2002) Informe Instructivo

Informe N° 007-2002/ST

Lima, 20 de agosto de 2002.



**INFORME INSTRUCTIVO PARA LA CONTROVERSIA ENTRE AT&T PERÚ S.A. Y
TELEFÓNICA MÓVILES S.A.C. (EXP. N° 003-2002)**

INTRODUCCIÓN

I.	EMPRESAS INVOLUCRADAS	
1.1	Demandante	3
1.2	Demandada	3
II.	POSICIONES DE LAS PARTES	
2.1	Demanda: Posición de ATT	3
2.2	Demanda: Posición de TM	5
2.3	Reconvención: Posición de TM	7
2.4	Reconvención: Posición de ATT	8
III.	PUNTOS CONTROVERTIDOS	
3.1	Primer punto controvertido	8
3.2	Segundo punto controvertido	9
3.3	Tercer punto controvertido	9
3.4	Cuarto punto controvertido	9
3.5	Quinto punto controvertido	9
3.6	Sexto punto controvertido	9
3.7	Sétimo punto controvertido	9
IV.	NORMATIVA APLICABLE	9
V.	ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS	
5.1	Primer punto controvertido	10
5.2	Segundo punto controvertido	15
5.3	Tercer punto controvertido	17
5.4	Cuarto punto controvertido	18
5.5	Quinto punto controvertido	20
5.6	Sétimo punto controvertido	22
VI.	CONCLUSIONES	23

INTRODUCCIÓN

La Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado encargado de resolver en primera instancia administrativa la controversia seguida por la empresa AT&T Perú S.A. (en adelante ATT) contra la empresa Telefónica Móviles S.A.C. (en adelante TM), emite el presente informe en su calidad de órgano instructor en el procedimiento, el mismo que detalla el análisis desarrollado por la Secretaría Técnica sobre aquellos aspectos del procedimiento que pudieran concluir en la determinación de la comisión de infracciones y, por ende, llevar a la aplicación de sanciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27°, inciso b), de la Ley N° 27336.

Para el referido análisis se ha tomado en consideración los medios probatorios y documentos que obran en el expediente de la controversia.

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1.1. Demandante

ATT es una empresa privada dedicada a brindar servicios de telecomunicaciones. Mediante Resoluciones Ministeriales N° 023-99-MTC/15.03 y 024-99-MTC/15.03 de fecha 21 de enero de 1999, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de portador de larga distancia nacional a nivel nacional y larga distancia internacional. Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 146-99-MTC/15.03 de fecha 15 de abril de 1999 obtuvo la concesión para prestar el servicio de telefonía fija local.

1.2. Demandada

TM es una empresa privada constituida en el Perú que cuenta con concesión para prestar el servicio de Telefonía Móvil en todo el territorio nacional (Zonas 1 y 2). En virtud de la transferencia de las concesiones del servicio de telefonía móvil de Telefónica del Perú S.A.A. en favor de TM, aprobada por Resolución Viceministerial N° 311-99-MTC/15.03, esta última adquiere la calidad de concesionaria del servicio de telefonía móvil a partir del 1 de enero de 2000.

II. POSICIONES DE LAS PARTES

Con fecha 13 de febrero de 2002 ATT demandó a TM por supuestos actos de discriminación en la aplicación de cargos de interconexión.

2.1. Demanda: Posición de ATT

ATT fundamenta su demanda principalmente en los siguientes argumentos:

- Señala que TM pretende cobrarle cargos por concepto de terminación de llamada de larga distancia nacional e internacional en la red móvil de TM desde marzo de 2001 mayores que los que tiene pactados con la empresa operadora Gilat to Home Perú S.A. (en adelante GILAT), lo que infringe lo dispuesto en el artículo 71° de la Ley de Telecomunicaciones y el inciso b) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

Así, TM pretende que ATT le pague el cargo de US\$0,2053 por minuto tasado al segundo más IGV; mientras que GILAT, en virtud del contrato celebrado el 26 de

noviembre de 1999¹, le paga por el mismo servicio de acuerdo con el sistema de repartición de ingresos 25/75, sistema que resulta más beneficioso que el que pretende imponerle a ATT, lo que va en contra del principio de no discriminación.

Global Village Telecom N.V. (hoy GILAT) y Telefónica del Perú S.A.A.² (TELEFÓNICA) suscribieron el 26 de noviembre de 1999 un Contrato de Interconexión de Redes y Servicios por un periodo de vigencia de siete años a partir de la fecha de su suscripción, el mismo que fue aprobado por Resolución N° 037-2000-PD/OSIPTEL. La cláusula cuarta del Acuerdo Complementario para la Interconexión con la Red Móvil de Telefónica del referido Contrato (en adelante el Acuerdo Complementario) establece que por las llamadas en las que se utilice como portador de larga distancia nacional a GILAT para terminar en la red móvil de TELEFONICA, GILAT entregará a ésta última el 25% del total de lo facturado por dicho tráfico. Asimismo, por las llamadas de larga distancia internacional entrante que GILAT termine en la red móvil de TELEFONICA, GILAT le entregará el 25% del total de las remesas recibidas correspondientes. Así, ambas empresas acordaron que por concepto de terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional en la red móvil de TELEFONICA se aplicaría el sistema de repartición de ingresos 25/75.

En el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL de fecha 7 de setiembre de 2000, que interconectó el servicio portador de larga distancia de ATT con la red del servicio de telefonía móvil de TM, OSIPTEL estableció para efectos de la determinación del cargo por terminación de llamada de larga distancia nacional e internacional en la red móvil de TM el sistema de repartición de ingresos 25/75.

Posteriormente, mediante Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL de fecha 30 de noviembre de 2000, OSIPTEL optó para la determinación del cargo por terminación de llamada en la red móvil de TM por el sistema de cobro por minuto, estableciendo la tarifa en US\$0,186 más IGTV, cargo que fue modificado por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL de fecha 23 de febrero de 2001, que estableció el mismo en US\$ 0,2053 por minuto más IGTV, vigente a partir del 1 de marzo de 2001. Sin embargo, la propia resolución señaló que el cargo establecido se aplicaría sin perjuicio del derecho de las empresas de acordar mejores cargos o de solicitar el otorgamiento de un trato igual al que se hubiere pactado con una tercera empresa.

Pese a tener un cargo más favorable pactado con GILAT, mediante cartas de fecha 26 de noviembre de 2001 y 7 de enero de 2002, TM pretendió cobrar a ATT el cargo por terminación de llamada en su red móvil por los meses de marzo a noviembre de 2001 según el cargo fijado en la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, por lo que la suma supuestamente debida, a entender de TM, ascendía a US\$913.081,44; cuando aplicando el sistema de repartición de ingresos 25/75 debería cobrar US\$333.475,10; lo que significa que TM estaría cobrando un exceso de US\$579.606,34.

¹ Aprobado por Resolución N° 037-2000-PD/OSIPTEL.

² La concesión para el servicio de telefonía móvil fue transferida posteriormente a Telefónica Móviles, con efectividad desde el 1 de enero de 2000, por lo que las obligaciones adquiridas en dicho contrato corresponden ahora a esta última empresa.

Al tratarse de un cobro ilegal, por ser discriminatorio, ATT rechazó las facturas giradas por TM.

- Asimismo, indica que TM pretende cobrarle cargos por terminación de llamada de larga distancia nacional e internacional en la red móvil de TM correspondientes a los meses de enero y febrero de 2001 mayores que los establecidos en el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL. Esto se debe a una interpretación errónea de la base respecto de la cual debían calcularse dichos cargos, no aceptando TM el cambio de las facturas erradas, ni habiendo cumplido con emitir las notas de crédito correspondientes, impidiendo así el pago oportuno por parte de ATT, lo que supone un incumplimiento de las normas y términos de interconexión.

Señala que, por un error humano, ambas empresas liquidaron bajo el sistema “el que llama paga”, por lo que se facturó la suma de US\$163.337,32 cuando en realidad debió aplicarse el sistema de repartición de ingresos 25/75, en virtud a lo establecido en el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL, por lo que debió facturarse la suma de US\$65.577,68. Existe así una suma facturada en exceso de US\$97.759,64 y TM no quiere volver a facturar o emitir las notas de crédito correspondientes.

2.2. Demanda: Posición de TM

TM contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, principalmente por los argumentos detallados a continuación:

- Sostiene que el comportamiento de ATT es malicioso y revela un uso abusivo de los mecanismos procesales con el fin de posponer indebidamente el pago de los cargos a los que TM tiene derecho.

En cuanto a la acusación relativa a la discriminación de precios en perjuicio de ATT al pretender cobrarle el cargo establecido por el Regulador en vez del sistema de reparto de ingresos que según ATT viene TM aplicando en su relación con GILAT, señala que tal alegación es totalmente falsa por cuanto desde el 1 de marzo de 2001, fecha en la que entró en vigencia la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, TM ha venido aplicando y facturando el cargo fijado por dicha resolución a todas las empresas interconectadas a ella, incluyendo a GILAT.

Señala, asimismo, que TM no tenía ningún incentivo para cobrar menos a GILAT que a los demás operadores, ni motivo alguno para discriminar a la demandante, por lo que no tiene lógica que dicha conducta denunciada por ATT se haya realizado.

Explica que TM y GILAT establecieron un sistema de distribución de ingresos porque no había modo de establecer otro mecanismo para la liquidación del servicio de terminación de llamadas. Señala que el servicio de telefonía móvil celular comenzó a ser ofrecido en Lima por la empresa Tele 2000 S.A. en el año 1990, empresa que suscribió un contrato de interconexión con ENTEL quien a su vez lo hizo con CPT, estableciéndose en este último contrato el mecanismo de reparto de ingresos para el pago de los cargos de interconexión. En esa época ENTEL operaba bajo el sistema de tasas contables, sistema creado bajo la lógica

de mercados de larga distancia bajo monopolio estatal, que permitía que las empresas prestadoras del servicio de telefonía móvil celular pudiesen tener la certeza de cuáles serían las condiciones económicas que se presentarían en el mercado. Con la apertura del mercado en 1998 esta situación cambió y es a partir de esta fecha que cada empresa operadora de larga distancia fija su propia tasa contable, la misma que por efecto de la competencia ha ido disminuyendo cada vez más, por lo que de aplicar el sistema de distribución de ingresos el operador de la red móvil no podría siquiera recuperar sus costos.

Agrega que el propio regulador ha señalado, tanto en la parte considerativa de la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL cuanto en la de la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, que la liquidación de cargos de interconexión basada en el sistema de repartición de ingresos genera incertidumbre y trato discriminatorio. Así, señala que cuando TM acordó con GILAT el sistema de distribución de ingresos lo hizo de modo temporal en tanto se fijase un cargo por interconexión.

Indica que desde la emisión de la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, OSIPTEL ha dictado una serie de Mandatos estableciendo como cargo de interconexión el fijado en dicha resolución, reconociendo que desde el 1 de marzo de 2001 el sistema de distribución de ingresos no resulta aplicable a ningún operador de larga distancia interconectado a su red móvil.

Agrega que en virtud de lo dispuesto en el artículo 109° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, los contratos de interconexión deben sujetarse a la normatividad vigente y a “las disposiciones que dicte OSIPTEL”. Esto implica que los contratos de interconexión deben observar la normativa vigente, al punto que el contrato de interconexión no surte efectos hasta que OSIPTEL no lo haya aprobado. Así, en el caso de los cargos de interconexión fijados por el regulador, estos son determinados como topes y, por lo tanto, no es posible que un cargo previamente acordado por las partes subsista después de que el regulador apruebe uno más bajo. Agrega que el marco normativo vigente al momento en que las partes acordaron los términos del Contrato con GILAT establecía que los contratos de interconexión debían sujetarse a las disposiciones que en el futuro dictase OSIPTEL.

TM explica que ante la actitud de GILAT de desconocer la aplicación de la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, el 26 de julio de 2001 la demandó para que se declarase que el cargo aplicable era el establecido por la citada Resolución. Como consecuencia de un proceso de conciliación, ambas partes suscribieron una transacción el día 13 de febrero de 2001 dando por zanjada la controversia iniciada por TM y aceptando GILAT que el cargo aplicable a su relación de interconexión con TM a partir del 1 de marzo de 2001 es el de US\$0,2053, entendiendo tal transacción únicamente como una precisión del contrato suscrito entre ambas.

- En cuanto al período enero - febrero 2001, TM afirma que ATT nunca pagó los montos liquidados y que sólo lo hizo parcialmente el 13 de febrero de 2002, fecha de interposición de la demanda, por lo que no sufrió ningún perjuicio.

Agrega que TM no actuó de mala fe y no pudo darse cuenta del error por cuanto

no existió una solicitud por parte de ATT para que se corrigiera el error y, por otro lado, efectuadas las conciliaciones y liquidaciones éstas tienen la calidad de finales y no vuelven a ser analizadas. Si existe un error TM está dispuesta a solucionarlo.

2.3. Reconvencción: Posición de TM

En el primer otrosí de su contestación TM planteó una reconvencción contra ATT por los siguientes argumentos:

- Señala que ATT ha cometido infracción al artículo 36° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL, Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL (en adelante Reglamento de Infracciones), y al artículo 17° del Decreto Ley N° 26122, por negarse reiteradamente a cumplir con pagar a TM el cargo de interconexión fijado por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, por lo que debe ordenarse que cumpla con pagar lo adeudado más los intereses legales, ya que el cargo vigente desde el 1 de marzo de 2001 –y que viene facturando TM a todos los operadores de larga distancia- es el fijado en dicha Resolución, situación que ATT conocía.
- Agrega que ATT ha infringido los artículos 16° y 17° del Decreto Ley N° 26122 al pretender inducir a GILAT y a TM a infringir los pactos contractuales contenidos en el Acuerdo Complementario suscrito el 26 de noviembre de 1999, así como a infringir el artículo 108° del Reglamento General de Ley de Telecomunicaciones y el artículo 10° del Reglamento de Interconexión.

TM sostiene que ATT ha incurrido en la conducta tipificada como violación de normas por el artículo 17° del Decreto Ley N° 26122 pues al infringir la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL ha obtenido ilícitamente una ventaja competitiva significativa que se refleja en la suspensión de pagos por lapsos que llegan casi al año, beneficiándose así con un financiamiento gratuito al que sus competidores no accedían.

Asimismo, sostiene que ATT ha infringido el artículo 16° del Decreto Ley N° 26122 al haber tratado de inducir a TM a incumplir con la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL y a GILAT a incumplir los términos del Acuerdo. Asevera que existen indicios suficientes de la inducción efectuada por ATT, lo que explica el retraso producido en el cumplimiento de los pagos por parte de GILAT.

- Señala que ATT ha actuado de mala fe en contravención al artículo 6° del Decreto Ley N° 26122 y al artículo 19° del Reglamento de Interconexión al emplear todo tipo de justificaciones para negarse a pagar a TM, no obstante existir montos que no eran cuestionados por ATT. Agrega que ATT se ha negado a pagar durante once meses las facturas emitidas por TM, habiendo pagado parcialmente dichas facturas en la fecha de interposición de la demanda, con el fin de beneficiarse con la disposición establecida por el artículo 10° del Reglamento de Controversias. Señala TM que el pago efectuado no ha sido completo, pues no se han pagado los intereses de los montos no discutidos. De ello concluye que ATT ha buscado cualquier justificación para no cancelar la totalidad de los montos que adeuda.
- Finalmente, sostiene que ATT ha interpuesto una denuncia maliciosa, carente de

fundamento jurídico, alegando hechos contrarios a la realidad y empleando el proceso con fines dolosos, infringiendo el artículo 104° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, el artículo 50° del Reglamento de Infracciones y el artículo 112° del Código Procesal Civil.

2.4. Reconvencción: Posición de ATT

Al contestar la reconvencción con fecha 27 de marzo de 2002, ATT señala lo siguiente:

- Solicita considerar como parte de la materia controvertida los nuevos problemas introducidos por TM ocurridos con posterioridad a demanda.

Así, en relación al arreglo entre TM y GILAT señala que ya ha obtenido la satisfacción del interés legítimo que pretendía, pues al haberse suscrito una conciliación entre las partes –que en realidad se trata de una verdadera transacción- según la cual TM aplicará en su relación con GILAT el cargo previsto en la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, se cumple con el principio de no discriminación por cuanto TM cobrará el mismo cargo a todos los operadores sin distinción alguna. Sin embargo, el referido acuerdo entre GILAT y TM incluye también la condonación a GILAT de los intereses que pudieran existir producto de la aplicación del cargo de US\$0,2053 por minuto. En ese sentido, y para que la igualdad sea completa, TM debe reconocer también a favor de ATT la condonación de los intereses que pudieran existir.

- Adicionalmente, ATT señala que no existió mala fe al iniciar el procedimiento, pues tenía el legítimo derecho de exigir que se le apliquen las condiciones más beneficiosas que TM pudiera estar otorgando a GILAT, más aún existiendo una controversia entre las referidas empresas que ponía de manifiesto la intención de GILAT de hacer valer los derechos obtenidos en el contrato de interconexión suscrito con TM y sin tener conocimiento que las mismas llegarían a un acuerdo.
- Finalmente, sostiene que ATT no ha querido evadir el pago de sus obligaciones, ni ha cometido actos considerados como de competencia desleal, ni ha obtenido beneficios financieros, violado normas, ni interferido en las relaciones contractuales entre TM y GILAT, como afirma TM.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

De conformidad con lo establecido por la Resolución N° 008-2002-CCO/OSIPTEL de fecha 14 de mayo de 2002, los puntos controvertidos materia de la presente controversia son los siguientes:

3.1 Primer Punto Controvertido

Determinar si TM ha incurrido en una violación a las normas de interconexión y ha cometido prácticas contrarias a la libre competencia y al marco regulatorio en general, al aplicarle a ATT un cargo mayor al pactado con una tercera empresa operadora – GILAT – para la terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional en la red de telefonía móvil de TM, desde marzo de 2001.

3.2 Segundo Punto Controvertido

Determinar si TM ha incumplido con la legislación vigente al pretender cobrarle a ATT cargos por terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional en su red móvil durante enero y febrero de 2001 mayores que los establecidos en el mandato 007-2000-GG/OSIPTEL.

3.3 Tercer Punto Controvertido

Determinar si ATT se ha negado a pagar a TM el cargo de interconexión tope promedio ponderado fijado por la Resolución del Consejo Directivo N° 004-2001-CD/OSIPTEL para la terminación de llamadas en las redes de servicios de telefonía móvil, infringiendo lo dispuesto por la normativa vigente en materia de interconexión y en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

3.4 Cuarto Punto Controvertido

Determinar si ATT ha infringido lo dispuesto por la Ley de Represión de la Competencia Desleal al intentar inducir a GILAT y a TM a infringir los pactos contractuales contenidos en el “Acuerdo Complementario para la Interconexión con la Red Móvil de Telefónica” suscrito con fecha 26 de noviembre de 1999 y a infringir lo dispuesto en el artículo 108° del Decreto Supremo N° 006-94-TCC y en el artículo 10° de la Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL.

3.5 Quinto Punto Controvertido

Determinar si ATT ha actuado de mala fe al emplear diversas justificaciones para negarse a efectuar los pagos no controvertidos, incumpliendo lo dispuesto por la Ley de Represión de la Competencia Desleal y las normas de interconexión.

3.6 Sexto Punto Controvertido

Determinar si TM debe reconocer a favor de ATT la condonación de los intereses del monto controvertido en la presente controversia, tal como lo hizo con GILAT.

3.7 Séptimo Punto Controvertido

Determinar si ATT ha iniciado el procedimiento denunciando supuestas infracciones cometidas por TM alegando hechos contrarios a la realidad y empleando el proceso para fines dolosos, infringiendo la normativa vigente.

IV. NORMATIVA APLICABLE

Las conductas denunciadas por ambas empresas podrían constituir actos de competencia desleal, actos de abuso de posición de dominio, o infracciones a la normativa vigente en materia de telecomunicaciones. En ese sentido, y en virtud del principio de supletoriedad establecido en los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones en el Perú, aprobado mediante Decreto Supremo

Nº20-98-MTC³, en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, la aplicación de la normativa sobre libre competencia (Decreto Legislativo Nº 701) o de represión de la competencia desleal (Decreto Ley Nº 26122) es supletoria a la normativa específica del sector de telecomunicaciones.

De acuerdo con lo señalado, de determinarse que alguna de las conductas denunciadas infringe disposiciones del sector de telecomunicaciones, no se realizará un análisis adicional para definir si la misma también constituye una infracción a las normas de libre competencia o a las normas de represión de la competencia desleal.

V. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Informe Instructivo tiene por finalidad analizar aquellos aspectos del procedimiento que pudieran concluir en la determinación de la comisión de infracciones, y en consecuencia, conllevar la aplicación de sanciones.

En tal sentido, los puntos controvertidos primero, segundo y séptimo involucran la existencia de infracciones al marco normativo de telecomunicaciones, por lo que serán analizados como tales en el presente informe.

Respecto del tercer punto controvertido, el mismo supone una infracción al marco regulatorio de telecomunicaciones (normas en materia de interconexión) y, paralelamente, una infracción a las normas de represión de la competencia desleal. Esta última infracción estaría constituida por un acto de competencia desleal por violación de normas (artículo 17° del Decreto Ley Nº 26122), figura cuya existencia requiere del incumplimiento previo de otra norma distinta que le genere una ventaja significativa al infractor frente a sus competidores. En tal sentido, sólo podrá analizarse si se produjo el acto de competencia desleal respectivo si se determina previamente que ATT incurrió en infracción a las normas de interconexión.

En lo que se refiere al cuarto y quinto punto controvertido, que tratan sobre un supuesto caso de inducción a la infracción contractual (artículo 16° del Decreto Ley Nº 26122) y un comportamiento de mala fe calificado como desleal (artículo 6° del Decreto Ley Nº 26122), respectivamente, serán analizados en virtud de las normas de competencia desleal, en tanto que el marco normativo de telecomunicaciones no contempla dichas infracciones.

En cuanto al sexto punto controvertido, debemos indicar que el mismo no implica la comisión de una infracción por parte de TM, por lo que el presente informe no se pronunciará sobre dicho extremo. Al respecto, el artículo 27° de la Ley Nº 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL, ordena que la instrucción y la imposición de la sanción recaigan sobre órganos distintos tratándose de controversias que versen sobre la comisión de infracciones; al no tratarse el sexto punto controvertido de una infracción, el órgano instructor no debe pronunciarse sobre el mismo.

5.1 Primer Punto Controvertido

Tal como se ha establecido en el primer punto controvertido - y tomando en consideración lo expuesto en el punto IV del presente informe-, en este acápite se

³ Criterio recogido y desarrollado en el Informe 008-2001/GRE, emitido por la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado de Primera Instancia, en la controversia seguida por ATT contra Telefónica del Perú S.A.A. por supuestos incumplimientos de obligaciones de libre y leal competencia, interconexión, acceso a redes y de carácter técnico (Expediente Nº 003-2001).

analizará si TM ha incurrido en infracción a las normas de interconexión, al desarrollar una conducta discriminatoria en perjuicio de ATT al pretender cobrarle un cargo mayor al pactado con una tercera empresa operadora.

Para tal análisis es importante tomar en consideración cuál ha sido la secuencia de hechos ocurridos:

- El 17 de mayo de 2000 se publicó la Resolución de Presidencia N° 037-2000-PD/OSIPTEL, de fecha 16 de mayo de 2000, que aprobó el Contrato de Interconexión, sus anexos y acuerdos complementarios suscritos con fecha 26 de noviembre de 1999 por Global Village Telecom. N.V. (hoy GILAT) y Telefónica del Perú S.A.A. (en lo relativo a telefonía móvil hoy TM).

En el artículo cuarto del Anexo III del Acuerdo Complementario se estableció lo siguiente:

“CUARTA.- CONDICIONES ECONÓMICAS

Por las llamadas que utilicen como portador de larga distancia nacional a GLOBAL VILLAGE para terminar en la red móvil de TELEFÓNICA, GLOBAL VILLAGE entregará a TELEFÓNICA el 25% del facturado por dicho tráfico.

Asimismo, en lo que respecta a las llamadas de larga distancia internacional entrante que GLOBAL VILLAGE termine en la red móvil de TELEFÓNICA, GLOBAL VILLAGE entregará a TELEFÓNICA el 25% de las remesas recibidas correspondientes a GLOBAL VILLAGE (administración peruana).

El procedimiento de liquidación se detalla en la cláusula octava del contrato de interconexión.”

Se pactó así el sistema de distribución de ingresos 25/75, el mismo que fue aprobado por OSIPTEL.

- El 7 de septiembre de 2000 se aprobó el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL, que interconectó el servicio portador de larga distancia de ATT con la red del servicio de telefonía móvil de TM. En dicho Mandato OSIPTEL estableció que el cargo por terminación de llamada de larga distancia nacional e internacional en la red móvil de TM sería el sistema de repartición de ingresos 25/75.
- El 4 de diciembre de 2000 se publicó la Resolución del Consejo Directivo N° 063-2000-CD/OSIPTEL, de 30 de noviembre de 2000, que estableció en US\$0,1860 por minuto, sin incluir el IGV, el cargo de interconexión tope por terminación de llamada en redes de telefonía móvil celular, del servicio troncalizado y del servicio de comunicaciones personales (PCS).

En la sección Considerando de dicha resolución se estableció expresamente que *“el mecanismo de liquidación de cargos de interconexión basado en la repartición de ingresos, genera incertidumbre y trato discriminatorio respecto del pago efectivo del cargo por interconexión por terminar llamadas en las redes móviles en la medida que el valor sobre el cual se realiza dicha repartición de ingresos es variable, por lo que resulta apropiado establecer un cargo en valor monetario por minuto de tráfico eficaz.”*

Asimismo, en el artículo 4° se señala que *“las empresas concesionarias deberán adecuar sus contratos de interconexión a lo dispuesto en la presente resolución. Los Mandatos de Interconexión se sujetarán a lo establecido en la presente Resolución.”*

Finalmente, se establece que la resolución entrará en vigencia el 1 de enero de 2001; sin embargo, mediante Resolución N° 071-2000-CD/OSIPTEL se postergó su entrada en vigencia hasta el 1 de marzo de 2001.

- El 28 de febrero de 2001 se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2001-CD/OSIPTEL, de 23 de febrero de 2001, que modificó algunos artículos de la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL.

Así, en virtud al estudio de comparación internacional realizado, se estableció que el cargo de interconexión tope promedio ponderado aplicable por minuto de tráfico eficaz por la terminación de llamada en las redes de los servicios de telefonía móvil, del servicio troncalizado y del servicio de comunicaciones personales (PCS), será por todo concepto de US\$0,2053 por minuto, tasado al segundo, sin incluir el IGV. Además, se precisó que la resolución entraría en vigencia el 1 de marzo de 2001.

Asimismo, se estableció en la Única Disposición Final que ese mismo cargo se aplicaría a las relaciones de interconexión originadas por los mandatos de interconexión emitidos por la Gerencia General de OSIPTEL, sin perjuicio del derecho de las empresas de acordar mejores cargos o de solicitar a la empresa del servicio el otorgamiento de un trato igual al que ésta hubiere pactado con una tercera empresa.

En la sección Considerando se señaló algo similar a lo indicado en la Resolución anterior respecto a lo inadecuado del sistema de distribución de ingresos: *“que el mecanismo de liquidación de cargos de interconexión basado en la repartición de ingresos genera incertidumbre y trato discriminatorio respecto del valor del cargo de interconexión implícito por terminar llamadas en las redes móviles, en la medida que el valor sobre el cual se realiza dicha repartición de ingresos es variable, por lo que para dar señales claras al mercado resulta apropiado establecer un cargo en valor monetario por minuto de tráfico eficaz.”*

De esta manera, resulta claro que inicialmente las empresas estuvieron liquidando sus cargos de interconexión a través del mecanismo de distribución de ingresos 25/75, que es el que TM pactó con GILAT en el Acuerdo Complementario, y el que posteriormente aplicó a su relación con ATT, tal como se estableció en el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL.

Sin embargo –y de acuerdo con lo indicado en los considerandos de las resoluciones citadas en párrafos precedentes- OSIPTEL determinó que el sistema de distribución de ingresos generaba incertidumbre y trato discriminatorio respecto del valor del cargo de interconexión implícito por terminar llamadas en las redes móviles, debido a que el valor sobre el cual se realizaba la repartición de ingresos era variable. Por tal motivo, decidió modificar este sistema de distribución de ingresos y aplicar a las relaciones de interconexión un cargo en valor monetario por minuto de tráfico eficaz, como un

mecanismo más eficiente Así, mediante Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL se fijó un cargo de interconexión tope por terminación de llamada en redes de telefonía móvil celular de US\$0,1860 por minuto, sin incluir el IGV, cargo que nunca entró en vigencia pues antes que el referido cargo se aplicara fue modificado mediante Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, que lo fijó en US\$0,2053.

Este último es el cargo vigente desde el 1 de marzo de 2001, el mismo que a partir de dicha fecha ha sido utilizado por las demás empresas operadoras en sus contratos de interconexión aprobados por OSIPTEL y por el organismo regulador para establecer otros Mandatos de Interconexión, como lo demuestran las siguientes resoluciones:

- Resolución de Gerencia General N° 044-GG-2001/OSIPTEL que aprobó el contrato de interconexión suscrito entre TM y TE.SA.M Perú S.A.
- Resolución de Gerencia General N° 051-GG-2001/OSIPTEL que aprobó addendums de los contratos de interconexión suscritos entre TM y Nextel del Perú S.A. y entre Telefónica del Perú S.A.A. y Nextel del Perú S.A.
- Resolución de Gerencia General N° 052-GG-2001/OSIPTEL que aprobó el contrato de interconexión suscrito entre Tim Perú S.A.C. y BellSouth Perú S.A..
- Resolución de Gerencia General N° 079-GG-2001/OSIPTEL que aprobó el contrato de interconexión suscrito entre TM y BellSouth Perú S.A..
- Resolución de Gerencia General N° 142-GG-2002/OSIPTEL que aprobó el contrato de interconexión suscrito entre ATT y BellSouth Perú S.A..
- Mandato de Interconexión N° 001-2001-CD/OSIPTEL que establece la interconexión de la red del servicio de portador de larga distancia internacional de ATT con la red del servicio de telefonía móvil de BellSouth Perú S.A.

Sin perjuicio de lo mencionado, TM y GILAT tenían pactado en el Acuerdo Complementario un sistema de distribución de ingresos 25/75. Por tal motivo y pese a que desde el 1 de marzo de 2001 TM le facturó a GILAT aplicando el cargo de US\$0,2053, esta última empresa se negó inicialmente a aceptar dicho cargo, sosteniendo que el mismo no le era aplicable.

Debido a dicha negativa, TM inició una controversia contra GILAT el 26 de julio de 2001, solicitando que se declare que el cargo de US\$0,2053 era el aplicable a la relación de interconexión con GILAT a partir del 1 de marzo de 2001. Sin embargo, dicha controversia no requirió que el Cuerpo Colegiado nombrado para resolverla se pronunciara sobre la materia controvertida, pues las partes suscribieron un acuerdo conciliatorio dando por concluida la controversia y señalando que el cargo de interconexión de US\$0,2053 era aplicable a las liquidaciones de tráfico realizadas entre las partes a partir del 1 de marzo de 2001 en adelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL.

El referido acuerdo conciliatorio fue aprobado por el Cuerpo Colegiado encargado de resolver la controversia con fecha 12 de agosto de 2002⁴, por lo que también a GILAT se le aplicó el cargo de US\$0,2053 desde el 1 de marzo de 2001, tal como al resto de empresas operadoras.

Como se ha indicado en líneas precedentes, el primer punto controvertido requiere determinar si TM ha incurrido en una violación a las normas de interconexión al aplicarle a ATT un cargo mayor al que tenía pactado con GILAT, para la terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional en la red de telefonía móvil de TM desde marzo de 2001. En ese sentido, debe evaluarse si TM ha incurrido en una

⁴ Resolución N° 014-2002-CCO/OSIPTEL correspondiente al expediente N° 006-2001.

violación de los principios de no discriminación e igualdad de acceso, previstos en nuestra legislación.

Así, en el artículo 71º de la Ley de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por D.S. N° 013-93-TCC se estableció que *“en las relaciones comerciales de empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, está prohibida **la aplicación** de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que creen situaciones desventajosas entre competidores”* (el resaltado es nuestro).

Este principio ha sido desarrollado por el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 06-94-TCC, que ha consignado en su artículo 108º que *“la interconexión de las redes de los servicios públicos de telecomunicaciones debe realizarse de acuerdo con el principio de igualdad de acceso, en virtud del cual los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectarse, acordando aspectos técnicos, económicos, tarifarios, de mercado de servicios y otros, **en condiciones de igualdad** para todo operador de servicios de la misma naturaleza que lo solicite”* (el resaltado es nuestro).

Asimismo, el Reglamento de Interconexión, aprobado mediante Resolución N° 01-98-CD/OSIPTEL, precisó los alcances de estos principios, señalando lo siguiente:

*“Artículo 9º.- En aplicación del **principio de no discriminación**, los operadores están prohibidos de llevar a cabo prácticas discriminatorias u otorgar tratos diferenciados a otros operadores vinculados directa o indirectamente, que busquen o pretendan favorecer a ellos o a sí mismos, en detrimento de cualesquiera de los otros agentes que operan en el mercado de telecomunicaciones. (...)”* (el resaltado es nuestro).

*“Artículo 10º.- En virtud del **principio de igualdad de acceso**, los concesionarios u operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios **en condiciones equivalentes** para todos los operadores de otros servicios que lo soliciten”* (el resaltado es nuestro).

Podemos apreciar que las normas citadas buscan establecer las condiciones para que todas las empresas operadoras puedan competir en igualdad de condiciones.

En aplicación de los principios mencionados, el artículo 25º del Reglamento de Interconexión estableció que *“los contratos de interconexión incluirán una cláusula que garantice la adecuación, de ser caso, de los cargos de acceso y/o condiciones económicas que les fueren aplicables, cuando una de las partes negocie con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos de acceso y/o condiciones económicas más favorables que los acordados en contratos previos para una interconexión equivalente.”*

Es evidente entonces que todo el sistema se encuentra orientado a impedir la discriminación y facilitar la igualdad de acceso, al punto que basta que un operador pacte con otra empresa una condición más favorable para que se encuentre obligado a otorgarle esa condición a las demás empresas operadoras que así lo requieran.

Sin embargo, en el presente caso, si bien existió un acuerdo entre GILAT y TM que establecía condiciones más favorables para GILAT que las que TM tenía establecidas con otros operadores, tales condiciones no fueron aplicadas desde el 1 de marzo del 2001, fecha en la que entró en vigencia la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, no

habiéndose presentado en la práctica ninguna situación de desigualdad a favor de GILAT y en contra de ATT o de otras empresas operadoras, puesto que a partir de la fecha indicada, TM liquidó y facturó con todas las empresas operadoras de larga distancia que terminaban llamadas en su red, incluyendo a GILAT y a ATT, con el cargo de US\$ 0,2053.

Tal como se ha señalado, la Ley de Telecomunicaciones prohíbe la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que creen situaciones de desventaja entre competidores. En ese sentido, y haciendo un análisis de la información que obra en el expediente, puede observarse que, a partir de la puesta en vigencia de la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, TM aplicó el mismo cargo a todas las empresas operadoras que tuvieran con ella una relación de interconexión. De esa manera, resulta claro que TM no ha liquidado ni facturado con ninguna empresa, a partir del 1 de marzo de 2001, con el sistema de distribución de ingresos sino con el cargo de 0,2053, por lo que debe entenderse que en el caso bajo análisis no se presenta una situación de aplicación de condiciones desiguales ni de situaciones desventajosas o de discriminación entre competidores.

De acuerdo a lo anterior, puede afirmarse que en la práctica el trato otorgado a las empresas operadoras que tenían una relación de interconexión con TM, en lo que se refiere al cargo correspondiente, ha sido el mismo. En consecuencia, no se han aplicado condiciones distintas para prestaciones equivalentes y, por ende, tampoco se ha generado una situación de desequilibrio entre competidores, poniendo a unos en ventaja frente a otros.

En tal sentido, no puede considerarse que TM haya desarrollado una conducta discriminatoria ni que haya aplicado una condición más ventajosa a GILAT, situación que ha sido reconocida por la propia ATT en su escrito N° 3 de fecha 27 de marzo de 2002, donde al conocer sobre la conciliación suscrita entre TM y GILAT señaló que:

“(...) a la fecha, AT&T ya ha obtenido la satisfacción del interés legítimo que perseguía mediante la postulación de las pretensiones que son materia de la presente controversia. En efecto, con posterioridad a la interposición de la demanda (13 de febrero de 2002), el 25 de febrero de 2002 TM modificó el Contrato de Interconexión que tenía con Gilat estableciendo que en la relación de interconexión entre dichas empresas el cargo que se le cobrará a Gilat será US\$0,2053 por minuto de tráfico.”

Agrega ATT que *“actualmente se cumple con el principio de no discriminación, en la medida en que TM le cobra el mismo cargo a todos los operadores sin distinción alguna.”*

Por lo antes expuesto, la Secretaría Técnica es de la opinión que TM no ha infringido la normativa vigente en materia de interconexión.

5.2 Segundo Punto Controvertido

En este punto se analizará si TM ha incumplido con la legislación vigente al pretender cobrarle a ATT cargos por terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional en su red móvil, durante los meses de enero y febrero de 2001, mayores a los establecidos en el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL.

Al respecto, cabe señalar que durante los meses de enero y febrero de 2001 se encontraba vigente el mandato referido, el mismo que disponía que por la terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional en la red móvil de TM se le

debía cancelar a ésta última de acuerdo con el sistema de distribución de ingresos 25/75.

Sin embargo, a pesar de ser este sistema el que debieron aplicar ambas empresas a las liquidaciones correspondientes a los referidos meses de enero y febrero, ATT señala en su demanda que los representantes de ambas empresas cometieron un error y liquidaron bajo el sistema “el que llama paga”. ATT sostiene que en lugar de facturar la suma de US\$65.577,68 que era el monto que correspondía, TM intentó aprovecharse de ese error y de mala fe facturó la suma de US\$163.337.32, existiendo así una diferencia de US\$97,759.64 que le estarían cobrando en exceso.

TM asegura que no existió por su parte mala fe y que el error que se presentó fue cometido por ambas empresas, no pudiendo TM notar tal error en razón a que las conciliaciones y liquidaciones de los tráficos cursados son definitivas, y no vuelven a ser analizadas luego de ser suscritas por los representantes de ambas empresas, además de no haberse presentado ningún reclamo por parte de ATT.

Al respecto, debe tenerse presente que el sustento para la emisión de las facturas por los meses de enero y febrero de 2001 por parte de TM son las Actas de Conciliación del Tráfico de Interconexión, las mismas que fueron suscritas por los representantes de ambas empresas, por lo que queda claro que de existir un error éste habría sido cometido por los representantes de ambas empresas. De lo contrario, las actas no se hubieran suscrito, o se hubiera dejado constancia de tal discrepancia.

Así, no puede cuestionarse el hecho que TM haya emitido las facturas con fecha 30 de abril de 2001 por la suma total de US\$163.337,32, puesto que éstas toman como base la conciliación efectuada y, a pesar que contenía un error, dicha conciliación fue considerada válida por las empresas al momento de suscribirla. Tampoco se le puede cuestionar por no haberse dado cuenta del error, ya que no se le puede exigir que vuelva a revisar todas las conciliaciones después de haber sido aprobadas por las partes si no tiene ningún reclamo sobre el particular. Sí podría cuestionarse su comportamiento, por ejemplo, si una vez informada del error se negara a rectificarlo.

En tal sentido, si existió un error del que ATT tomó conocimiento -que hacía que el monto debido a TM fuera menor al facturado-, lo que debió hacer la demandante fue informar de tal circunstancia a TM y devolver las facturas o solicitar su cambio; sin embargo, no obra en el expediente documento alguno que demuestre que ATT haya solicitado a TM la modificación de las facturas para proceder a su pago. ATT se limitó a no cancelar las facturas sin explicar a TM los motivos ni plantear observación alguna al respecto, hasta el 13 de febrero de 2002.

Por tal motivo, pese al error cometido, no existió en la práctica perjuicio alguno en contra de ATT, puesto que la misma no pagó el monto total de las facturas por los meses de enero y febrero de 2001. Dichas facturas fueron emitidas el 30 de abril de 2001 y fueron recibidas por ATT el 3 de mayo de 2001, habiéndose producido el pago parcial de las mismas a TM el 13 de febrero del presente año, aplicando el sistema de distribución de ingresos 25/75.

En efecto, mediante carta N° C.58/VPLR-2001, de fecha 11 de febrero de 2001 -recibida el 13 de febrero de 2002-, ATT remitió a TM, entre otros, un cheque del Banco Sudamericano por US\$65.577,69, correspondiente a la suma debida a TM por los meses de enero y febrero de 2001 aplicando el sistema de distribución de ingresos 25/75. En dicha comunicación ATT señaló a TM que al encontrarse erradas las facturas se reservan el derecho de cuestionar su monto.

Adicionalmente, debe indicarse que no obra en el expediente ningún documento en el que TM objete el nuevo cálculo efectuado por ATT respecto de los meses de enero y febrero de 2001, que asciende a la suma de US\$65.577,69; más bien reconoce que pudo existir un error y que el mismo no fue resultado de una actitud maliciosa por parte de TM. De acuerdo con lo indicado, la suma adeudada por ATT por los referidos meses ya habría sido cancelada, quedando pendiente únicamente que TM corrija sus facturas y las tenga por canceladas.

Debe concluirse entonces que si bien inicialmente TM le facturó a ATT un monto mayor al establecido en el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL por los meses de enero y febrero de 2001, por concepto de la terminación de llamadas en su red móvil, ello se debió a la existencia de un error cometido por ambas empresas, lo que se demuestra con la suscripción conjunta de las Actas de Conciliación de Tráfico, sin que haya existido mala fe por parte de TM y sin que ATT se haya perjudicado .

Por lo antes expuesto, la Secretaría Técnica considera que en este caso, no ha existido infracción por parte de TM a la normativa vigente.

5.3 Tercer Punto Controvertido

En este punto se analizará si ATT ha infringido la normativa vigente en materia de interconexión, negándose a pagar a TM el cargo de interconexión fijado por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL para la terminación de llamadas en su red de telefonía móvil. De encontrarse que ATT incurrió en dicha infracción, se procederá a analizar si también cometió un acto de competencia desleal por violación de normas.

Como se ha señalado al analizar el primer punto controvertido, el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL interconectó el servicio portador de larga distancia de ATT con la red del servicio de telefonía móvil de TM, estableciendo que por terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional en la red móvil de TM le pagaría bajo el sistema de repartición de ingresos 25/75. Este sistema fue modificado mediante Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL, que fijó el cargo de interconexión tope por terminación de llamada en las redes de telefonía móvil en US\$0,1860 por minuto, sin incluir el IGV, el que fue posteriormente modificado por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, que fijó dicho cargo en US\$0,2053, el mismo que entró en vigencia a partir del 1 de marzo de 2001.

Pese a que dichas resoluciones modificaban el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL, que regía su relación con TM, ATT no aceptó aplicar a partir del 1 de marzo de 2001 el nuevo cargo fijado por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL de US\$0,2053, alegando la existencia de un contrato suscrito entre TM y GILAT por el sistema de reparto de ingresos 25/75 que se encontraba vigente y que consideraba era una condición más favorable y, solicitando por tal razón que se le aplique ese sistema.

TM respondió al requerimiento de ATT señalando que a partir del 1 de marzo de 2001 cobraba a todos los operadores, incluyendo a GILAT, el cargo de US\$0,2053, motivo por el cual emitió facturas por la terminación de llamadas de ATT en su red móvil aplicando dicho cargo. Sin embargo, ATT consideró que al existir un contrato vigente entre TM y GILAT, que no había sido expresamente modificado, TM le debería cobrar a GILAT bajo el sistema de reparto de ingresos 25/75, la que al ser una condición más favorable debería aplicarse también a ella.

Al respecto cabe señalar que, si bien es cierto que TM cobró a ATT a partir del 1 de marzo de 2001 aplicando el cargo de US\$0,2053, también es cierto que existía un acuerdo firmado entre TM y GILAT en el que se establecía un sistema distinto para la determinación del cargo. Por su parte, GILAT se negaba a modificar el sistema de distribución de ingresos 25/75, argumentando que la Resolución emitida por OSIPTEL no modificaba el contrato que tenían suscrito ambas empresas, por lo que TM se vio en la necesidad de iniciar un procedimiento de solución de controversias ante OSIPTEL⁵, el mismo que terminó con la firma de un acuerdo conciliatorio, tal como se ha detallado en el numeral 5.1.

Hasta antes de la suscripción de dicho acuerdo, ATT no podía tener certeza de que el cargo de US\$ 0,2053 también se aplicaría a GILAT⁶, y sí tenía conocimiento de que la aplicación del nuevo cargo fijado por OSIPTEL a la relación de interconexión entre GILAT y TM se encontraba siendo analizada por el Cuerpo Colegiado a cargo de resolver la controversia entre las referidas empresas. En tal sentido, si estas empresas continuaban liquidándose aplicando el sistema de distribución de ingresos 25/75, ATT tenía el derecho de solicitar a TM que le aplique ese sistema.

Por las razones expuestas, la Secretaría Técnica es de la opinión que ATT no pagó las facturas a TM aplicando el cargo de US\$0,2053 por tener una duda razonable respecto de que el mismo fuera a ser aplicado a la relación entre TM y GILAT, duda que recién fue despejada al momento de conocer ATT el acuerdo de conciliación suscrito entre las referidas empresas, en el que se establece que las mismas entienden que el cargo aplicable a partir del 1 de marzo de 2001 es el cargo de US\$0,2053. En tal virtud, se concluye que ATT no cometió la infracción a las normas de interconexión que ha sido denunciada. Consecuentemente, al no haberse producido dicha infracción, ATT tampoco podría haber incurrido en un acto de competencia desleal por violación de normas.

5.4 Cuarto Punto Controvertido

En este punto se analizará si ATT ha infringido las normas de competencia desleal al intentar inducir a GILAT a infringir sus pactos contractuales. Cabe indicar que TM también denunció que ATT había inducido a TM a infringir lo dispuesto por los artículos 108º del Decreto Supremo N° 006-94-TCC y 110º de la Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL, sin embargo, la inducción al incumplimiento de normas legales no ha sido contemplada como infracción por el marco regulatorio del sector telecomunicaciones ni por las normas de libre y leal competencia, por lo que no corresponde al Cuerpo Colegiado pronunciarse al respecto. En tal virtud, el análisis se concentrará en definir si ATT incurrió en el acto de competencia desleal antes señalado.

TM señala que ATT ha intentado inducir a GILAT y a ella misma a incumplir con el Acuerdo Complementario suscrito entre ambas empresas proporcionando a GILAT argumentos para ello e intentando coordinar con esta empresa una misma línea de conducta.

La inducción a la infracción contractual es una práctica expresamente prohibida por el artículo 16º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Ley N° 26122⁷, cuyo

⁵ Tramitado bajo el expediente N° 006-2001 ante OSIPTEL.

⁶ Las Resoluciones N° 063-2000-CD/OSIPTEL y 004-2001-CD/OSIPTEL modificaron expresamente los Mandatos de Interconexión emitidos por OSIPTEL, pero no se refirieron a los contratos de interconexión suscritos voluntariamente por las empresas.

⁷ “Artículo 16º.- Inducción a la infracción contractual: Se considera desleal:

inciso a) prohíbe que un tercero interfiera en la relación contractual de su competidor para inducir a la contraparte de este último a infringir las obligaciones que ha contraído, bastando para ello el incumplimiento de una obligación referida a un aspecto básico del contrato.

Para que se configure la inducción a la infracción contractual se requiere la existencia de una relación contractual efectiva cuyo incumplimiento se busca inducir y la existencia de una relación de competencia entre el afectado por dicho incumplimiento y quien induce a la infracción contractual. Asimismo, debe comprobarse (i) la existencia de una conducta idónea para inducir al incumplimiento, lo que debe evaluarse de acuerdo a los medios utilizados para convencer al destinatario; y, (ii) el incumplimiento de las principales obligaciones.

En el presente caso existía una relación contractual efectiva entre TM y GILAT, en virtud al Contrato de Interconexión aprobado por la Resolución N° 037-2000-PD/OSIPTEL. Asimismo, si bien en términos formales no existiría una relación de competencia entre TM y ATT, como sostiene esta última empresa, TM es una empresa que forma parte del grupo Telefónica, al que también pertenece Telefónica del Perú S.A.A.; esta empresa compite con ATT en mercados como el de larga distancia y de telefonía fija. En tal virtud, TM y Telefónica del Perú S.A.A. forman parte del mismo grupo económico por lo que se encuentran sujetas al mismo control, de ello puede deducirse que existe una relación de competencia entre ATT y TM.

TM ha señalado que ATT tenía un interés directo en inducir a GILAT a incumplir los términos del Acuerdo, modificado automáticamente en cuanto al cargo aplicable por las Resoluciones N° 063-2000-CD/OSIPTEL y N° 004-2001-CD/OSIPTEL, porque de tener éxito en tal propósito podría conseguir que se le aplique a ella también el sistema de reparto de ingresos 25/75.

TM también afirma que la inducción producida explica el retraso en los pagos que debieron efectuar tanto GILAT como ATT, señalando que existen suficientes indicios que permiten concluir que la inducción se produjo.

Previamente a la evaluación de los supuestos indicios de la inducción a la infracción contractual presentados por TM, resulta necesario determinar si los términos de la relación contractual cuyo incumplimiento buscaba ATT, según lo afirmado por TM, eran los que plantea esta última empresa. En tal sentido, para que se hubiera producido la supuesta inducción a la infracción contractual, el cargo aplicable según el Acuerdo Complementario entre GILAT y TM debería ser de US\$ 0,2053.

Al respecto, como ya ha quedado evidenciado, no puede afirmarse a priori que el cargo correspondiente a la interconexión de GILAT con TM haya sido de US\$ 0,2053, tanto es así que, ante la negativa de GILAT de aceptar dicho cargo, TM se vio en la necesidad de iniciar un procedimiento de solución de controversias ante OSIPTEL a fin que se declare que ese era el cargo aplicable. Más aún, dicho procedimiento de

a) La interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído.

A tenor de lo dispuesto en el párrafo anterior, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto básico del mismo.

Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subroge en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.(...)”.

solución de controversias fue concluido anticipadamente en virtud del acuerdo conciliatorio suscrito por GILAT y TM, sin que el Cuerpo Colegiado encargado de resolver esa controversia se pronunciara sobre el fondo de la misma.

En tal sentido, no puede afirmarse que GILAT haya incumplido con una obligación básica de su relación contractual con TM, ya que dicha obligación –es decir, el pago según el cargo de US\$ 0,2053- sólo era considerada como tal por esta última empresa, en tanto que GILAT sostuvo que su acuerdo con TM establecía como cargo aplicable el resultante del sistema de distribución de ingresos 25/75.

De acuerdo con lo anterior, no se produjo el incumplimiento de una obligación básica de la relación contractual entre GILAT y TM -supuesto de hecho de la inducción a la infracción contractual denunciada-, por lo que la Secretaría Técnica concluye que ATT no incurrió en la práctica de competencia desleal que ha sido denunciada por TM.

5.5 Quinto Punto Controvertido

En este punto se analizará si ATT actuó de mala fe empleando diversas justificaciones para negarse a efectuar los pagos no controvertidos.

TM sostiene que ATT actuó con mala fe al incumplir sus obligaciones, existiendo una serie de conductas que denotan un comportamiento desleal sancionable bajo la cláusula general del Decreto Ley N° 26122, las mismas que se resumen a continuación:

- Las facturas por los cargos de terminación de llamadas correspondientes a los meses de enero y febrero de 2001 nunca fueron canceladas por ATT, sin explicación alguna. Recién al interponer la demanda ATT explicó que no las canceló por existir un error en la forma como se efectuaron las liquidaciones y que no había podido pagarlas porque TM se negaba a emitir nuevas facturas, lo cual es falso, ya que nunca antes ATT solicitó la corrección de las mismas. El pago parcial de dichas facturas se efectuó recién al momento de interposición de la demanda, para beneficiarse con lo establecido por el artículo 10° del Reglamento de Controversias e impedir así el corte del servicio.
- Las facturas correspondientes a los cargos de terminación de llamadas por los meses de marzo de 2001 en adelante no fueron emitidas oportunamente puesto que existían facturas anteriores impagas y TM no quería contraer nuevas obligaciones por IGV al emitir dichas facturas sabiendo que ATT no las cancelaría. Por tal razón, esperó que ATT ofreciera pagar aunque sea los montos no controvertidos. Debido a que ello no ocurrió remitieron las facturas el 26 de noviembre de 2001, sin que fueran canceladas, ni siquiera parcialmente, hasta la fecha de interposición de la demanda.
- Pese a lo afirmado por ATT, dicha empresa no canceló al interponer la demanda todas las sumas no controvertidas, como son los intereses devengados por las facturas que ATT se demoró en pagar.

ATT sostiene, por el contrario, que en todo momento actuó de buena fe, solicitando en reiteradas oportunidades la facturación por separado de los montos no cuestionados a efectos de proceder al pago de los mismos, pagando las sumas no controvertidas antes de la presentación de la demanda y presentando una fianza que garantizara los montos controvertidos.

El artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, Decreto Ley N° 26122⁸, regula cómo se deben comportar las personas, naturales o jurídicas, en su actividad empresarial, respetando la buena fe comercial, el normal desenvolvimiento de las actividades económicas y las normas de corrección que deben regir en el mercado. Ello significa que el derecho de los agentes económicos a la libertad de empresa y a concurrir en el mercado debe adecuarse a su deber de competir según los estándares considerados correctos en cada actividad productiva o comercial.

Con relación a las facturas correspondientes a los meses de enero y febrero de 2001, la Secretaría Técnica considera que efectivamente existió una demora por parte de ATT en cancelar los montos no controvertidos, puesto que al recibir las facturas en el mes de mayo de 2001 debió detectar el error cometido en las liquidaciones y notificar tal hecho a TM, a fin de solicitarle una revisión de las liquidaciones y una posterior modificación de las facturas. Sin embargo, ATT se limitó a dejar de pagar dichas facturas sin explicación alguna a TM hasta el día 13 de febrero de 2002, fecha en la que efectuó el pago de los montos no controvertidos de dichas facturas. Por otro lado, es importante destacar también que no existió ningún requerimiento de pago adicional a la emisión de las facturas por parte de TM.

En cuanto a las facturas correspondientes a los meses de marzo de 2001 en adelante, a diferencia de las facturas a que se refiere el párrafo anterior, ATT las devolvió luego de recibirlas explicando los motivos por los que las rechazaba y además solicitó su corrección, pero TM insistió en que dichas facturas reflejaban la aplicación del cargo vigente desde marzo de 2001. Poco tiempo después se dio inicio al presente procedimiento, momento en el cual ATT efectuó el pago de los montos no controvertidos.

En lo que se refiere a los intereses, debe precisarse que la cancelación de los montos no controvertidos debió incluir también los intereses correspondientes a la demora en el pago de las facturas, lo cual ha sido efectuado con posterioridad.

Tomando en cuenta lo señalado previamente, si bien existieron motivos que podrían justificar la demora de ATT en la cancelación inmediata de las facturas remitidas por TM, pues los montos contenidos en las mismas eran objeto de discusión por dicha empresa, también es claro que los montos que no se encontraban en discusión debieron ser abonados en su momento.

No obstante, la Secretaría Técnica considera que de los hechos descritos no puede concluirse que ATT haya actuado con mala fe infringiendo las normas generales que prohíben actos de competencia desleal. En efecto, estas normas se encuentran destinadas a impedir conductas impropias dentro de las actividades comerciales que se comentan deliberadamente para dificultar el normal desarrollo de las actividades productivas o comerciales del competidor en el mercado⁹. El incumplimiento de obligaciones contractuales no puede considerarse, por si mismo, una conducta de mala fe que vulnera las normas de competencia desleal. Para ello sería necesario determinar que dicho incumplimiento tiene por efecto menoscabar la capacidad

⁸ Artículo 6.- “Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas”

⁹ Puede señalarse, por ejemplo, que el Tribunal del INDECOPI ha señalado al respecto que: “(...) existen actos de competencia desleal que no están expresamente tipificados en la ley, como por ejemplo entorpecer la distribución de los productos del competidor, impedirle obtener envases o empaques, dificultarle hacer sus entregas en forma oportuna o destruir sus activos, entre otros, los cuales deben ser analizados dentro del marco de la cláusula general o el listado enunciativo de los actos de competencia desleal”. Resolución N° 136-1998/TDC-INDECOPI, del 20 de mayo de 1998 (Distribuidora Cristal Vladich S.C.R.L. contra Central Tumbes S.A. y Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.).

competitiva de la contraparte; de asumir lo contrario, se podría llegar al extremo de considerar que la sola falta de pago puede constituir una infracción a las normas generales de competencia desleal.

En tal sentido, se concluye que en el presente caso ATT no incurrió en infracción a las normas generales de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

5.6 Sétimo Punto Controvertido

En este punto se analizará si ATT ha interpuesto una denuncia maliciosa, alegando hechos contrarios a la realidad y empleando el proceso para fines dolosos.

TM sostiene que ATT ha incurrido en evidente temeridad procesal y mala fe al tratar de ocultar hechos cruciales relacionados con la controversia, alegando hechos contrarios a la realidad, distorsionando los hechos y acusándola injustificadamente de actuar de mala fe; lo que evidencia que ha buscado obtener un servicio gratis por todo el tiempo que dure la controversia.

Agrega que interpuso la demanda sabiendo que TM nunca había violado el principio de igualdad de acceso, por lo que la denuncia es completamente maliciosa, debiendo aplicarse los artículos 104° del Reglamento General de OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante Reglamento de OSIPTEL) y 50° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución N° 02-99-CD/OSIPTEL (en adelante Reglamento de Infracciones).

Por su parte, ATT sostiene que interpuso la demanda basada en sólidos argumentos jurídicos, pues al existir, al momento de la interposición de la misma, un tratamiento más beneficioso a favor de otro operador, en aplicación del principio de no discriminación, tenía derecho a exigir ese mismo trato.

El artículo 104° del Reglamento de OSIPTEL señala expresamente que:

“Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del OSIPTEL será sancionado con una multa de hasta 100 UITs mediante resolución debidamente motivada.”

Por su parte, el artículo 50° del Reglamento de Infracciones, establece que:

“La empresa que a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, demanda o denuncie a alguna persona natural o jurídica ante OSIPTEL, ocasionándole o con el fin de ocasionarle injustamente un perjuicio, o que en un procedimiento seguido ante OSIPTEL actúe en contra de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, incurrirá en infracción grave.”

Como se puede apreciar de los artículos antes citados, el requisito para imponer una sanción por infracciones a los deberes de buena fe procesal es que la demanda se haya presentado a sabiendas que era falsa la imputación efectuada.

En el presente caso, ATT tendría que haber sabido con certeza que el cargo aplicable por la terminación de llamadas en la red móvil de TM era el fijado por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, por lo que presentaba la demanda únicamente para causarle un perjuicio a TM, demorando el pago debido y afectando su imagen.

Sin embargo, tal como se ha desarrollado al analizar los puntos controvertidos primero, tercero y quinto, al momento de la interposición de la demanda aún no se había definido cuál era el cargo aplicable a GILAT, puesto que dicha empresa había pactado con TM el sistema de reparto de ingresos 25/75 y se negaba a aceptar que la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL hubiera modificado su contrato, no aceptando que se le aplicase el cargo de US\$0,2053, habiéndose iniciado un procedimiento de solución de controversias ante OSIPTEL.

Por tal motivo, la Secretaría Técnica es de la opinión que ATT no interpuso la demanda a sabiendas de la falsedad de la imputación, por lo que no se configura el supuesto prohibido por nuestra legislación.

Tampoco puede afirmarse, como lo hace TM, que ATT haya alegado hechos contrarios a la realidad ni empleado el proceso para fines dolosos, pues lo que ha ocurrido, como en la mayoría de las controversias, es una diferente interpretación de lo sucedido y de la manera como debían aplicarse las normas y ejecutarse los contratos.

En tal sentido, la Secretaría Técnica considera que no se ha infringido la normativa vigente.

VI. CONCLUSIONES

En virtud a lo expuesto en los puntos precedentes, la Secretaría Técnica concluye lo siguiente:

- En relación al primer punto controvertido, referido a la supuesta infracción de TM a las normas de interconexión, consistente en la aplicación a ATT de un cargo mayor al que tenía pactado con GILAT, para la terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional en la red de telefonía móvil de TM desde marzo de 2001, esta Secretaría Técnica considera que si bien TM pactó con GILAT un sistema de distribución de ingresos 25/75, a partir del 1 de marzo del 2001, fecha en la que entró en vigencia la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, TM liquidó y facturó con todas las empresas operadoras de larga distancia que terminaban llamadas en su red, incluyendo a GILAT y a ATT, con el cargo de US\$0,2053. En ese sentido, esta Secretaría Técnica concluye que no se ha presentado en la práctica ninguna situación de desigualdad a favor de GILAT y en contra de ATT o de otras empresas operadoras, por lo que TM no ha infringido la normativa vigente en materia de interconexión.
- En lo que se refiere al segundo punto controvertido, sobre el supuesto incumplimiento por parte de TM de la legislación vigente al pretender cobrarle a ATT cargos por terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional en su red móvil, durante los meses de enero y febrero de 2001, mayores a los establecidos en el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL, esta Secretaría Técnica considera que si bien inicialmente TM le facturó a ATT un monto mayor al establecido en dicho Mandato por los meses de enero y febrero de 2001, ello se debió a la existencia de un error cometido por ambas empresas, lo que se demuestra con la suscripción conjunta de las Actas de Conciliación de Tráfico, sin que haya existido mala fe por parte de TM y sin que ATT se haya visto perjudicada, por lo que concluye que en este caso no ha existido infracción por parte de TM a la normativa vigente.
- Respecto del tercer punto controvertido, referido a si ATT ha infringido la normativa vigente en materia de interconexión negándose a pagar a TM el cargo

de interconexión fijado por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL para la terminación de llamadas en su red de telefonía móvil, y si es que ATT incurrió, además, en un acto de competencia desleal por violación de normas, esta Secretaría Técnica es de la opinión que ATT no pagó las facturas a TM aplicando el cargo de US\$0,2053 por tener una duda razonable respecto de que el mismo fuera a ser el cargo aplicable a la relación entre TM y GILAT, duda que recién fue despejada al momento de conocer ATT el acuerdo de conciliación suscrito entre las referidas empresas, en el que se establece que las mismas entienden que el cargo aplicable a partir del 1 de marzo de 2001 es el cargo de US\$0,2053. En tal virtud, concluye que ATT no cometió la infracción a las normas de interconexión que ha sido denunciada y, consecuentemente, al no haberse producido dicha infracción, ATT tampoco ha incurrido en un acto de competencia desleal por violación de normas.

- En lo que se refiere al cuarto punto controvertido, sobre la supuesta infracción por parte de ATT a las normas de represión de la competencia desleal al intentar inducir a GILAT a infringir sus pactos contractuales, de lo expuesto en el presente Informe, esta Secretaría Técnica considera que inicialmente GILAT asumió que el cargo correspondiente a la interconexión que tenía pactada con TM a partir del 1 de marzo del 2001 era el resultante del sistema de distribución de ingresos 25/75 y no el cargo de US\$0,2053 por minuto, por lo que no puede afirmarse que al haberse negado a pagar las facturas emitidas por TM calculadas sobre la base de este último cargo haya incumplido con una obligación básica de su relación contractual con TM. En tal sentido, la Secretaría Técnica concluye que, al no producirse el supuesto de hecho para que se configure la conducta de inducción a la infracción contractual, ATT no habría incurrido en la práctica de competencia desleal denunciada por TM.
- En relación al quinto punto controvertido, que supone determinar si ATT actuó de mala fe empleando diversas justificaciones para negarse a efectuar los pagos no controvertidos, comportamiento desleal sancionable bajo la cláusula general del Decreto Ley N° 26122, la Secretaría Técnica considera que de los hechos descritos no puede concluirse que ATT haya actuado con mala fe infringiendo las normas generales que prohíben actos de competencia desleal. Ello debido a que para considerar que el incumplimiento de obligaciones contractuales constituye un acto de mala fe que vulnera las normas de competencia desleal, debe tener por efecto menoscabar la capacidad competitiva de la contraparte, situación que no ha ocurrido en el presente caso. En tal sentido, la Secretaría Técnica concluye que ATT no incurrió en infracción a las normas generales de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- En lo que se refiere al sétimo punto controvertido, respecto de si ATT ha interpuesto una denuncia maliciosa, alegando hechos contrarios a la realidad y empleando el proceso para fines dolosos, tanto el artículo 104° del Reglamento de OSIPTEL como el artículo 50° del Reglamento de Infracciones requieren para la imposición de una sanción por infracciones a los deberes de buena fe procesal que la demanda haya sido interpuesta a sabiendas de que era falsa la imputación efectuada, situación que no ha ocurrido en el presente caso, pues al momento de la interposición de la demanda aún no se había definido cuál era el cargo aplicable a GILAT en su relación con TM. Asimismo, los hechos alegados por ATT responden a una interpretación distinta a la que maneja TM, razón por la que no puede considerarse que tales interpretaciones constituyan alegaciones falsas de los hechos. En tal sentido, la Secretaría Técnica considera que ATT no ha cometido una infracción a los artículos citados.

ANA ROSA MARTINELLI
GERENTE DE RELACIONES EMPRESARIALES