

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 011-2005-CCO/OSIPTEL

Lima, 4 de noviembre de 2005

EXPEDIENTE	015-2003-CCO-ST/IX
MATERIA	INTERCONEXIÓN
ADMINISTRADOS	Telefónica del Perú S.A.A. Nortek Communications S.A.C. Limatel S.A. Full Line S.A.C.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFONICA), Nortek Communications S.A.C. (en adelante, NORTEK), Limatel S.A. (en adelante, LIMATEL) y Full Line S.A.C. (en adelante, FULL LINE) por supuesto incumplimiento de las normas sobre interconexión, comercialización de tráfico y por actos de competencia desleal.

VISTO:

El Expediente N° 015-2003-CCO-ST/IX.

CONSIDERANDO:**I. EMPRESAS INVOLUCRADAS:****1. Demandante:**

TELEFÓNICA es una empresa privada constituida en el Perú que, de acuerdo con los contratos de concesión suscritos con el Estado Peruano con fecha 16 de mayo de 1994¹, se encuentra autorizada a prestar los servicios públicos de portador local, portador de larga distancia nacional y de larga distancia internacional y telefonía fija.

2. Demandada:

NORTEK es una empresa privada que, mediante Resolución Ministerial N° 089-99-MTC/15.03 de fecha 17 de marzo de 1999, obtuvo la concesión para prestar el servicio portador de larga distancia nacional e internacional en las modalidades de conmutados y no conmutados en todo el territorio del Perú.

3. Empresas incorporadas al procedimiento por el Cuerpo Colegiado

FULL LINE es una empresa privada que, mediante Resolución Ministerial N° 158-99-MTC/15.03 de fecha 19 de abril de 1999, obtuvo la concesión para prestar el servicio portador de larga distancia nacional e internacional.

LIMATEL es una empresa privada que mediante Resolución Ministerial N° 240-99-MTC/15.03 de fecha 4 de junio de 1999, obtuvo la concesión para prestar el

¹ Los contratos fueron firmados por la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. y Entel Perú S.A. actualmente fusionadas en TELEFÓNICA.

servicio portador de larga distancia nacional e internacional.

II. ANTECEDENTES:

Con respecto a los antecedentes, el Cuerpo Colegiado se remite a lo señalado en el Informe de la Secretaría Técnica N° 003-2005/ST del 23 de mayo de 2005 (en adelante, el Informe Instructivo)².

III. PETITORIO DE LA DEMANDA:

Mediante escrito de fecha 24 de julio de 2003, TELEFÓNICA demandó a NORTEK por infracciones a la regulación del sector y a la leal competencia y, en tal sentido, solicitó como pretensiones principales que el Cuerpo Colegiado:

- Declare que NORTEK ha infringido la regulación de telecomunicaciones y ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, vulnerando lo establecido por el artículo 17° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal), al comercializar ilícitamente tráfico originado y terminado en la red de TELEFÓNICA sin contar con un acuerdo de comercialización previo.
- Declarar que NORTEK ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de la cláusula general, vulnerando lo establecido por el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, al negarse sistemáticamente y de modo injustificado a suscribir las actas de conciliación por cargos de interconexión en contravención a lo establecido por la Resolución N° 037-2001-CD/OSIPTEL, Procedimiento de liquidación, facturación y pago entre empresas operadoras de telecomunicaciones en sus relaciones de interconexión con mandato.
- Declarar que NORTEK ha infringido la regulación de telecomunicaciones vigente y ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, vulnerando lo establecido por el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, al terminar tráfico en la red de TELEFÓNICA a pesar de tener el servicio de interconexión suspendido por falta de pago, a través de terceros operadores con los que no se encuentra interconectado.
- Declarar que NORTEK ha incumplido con lo dispuesto en el Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTEL al mantener deudas impagas por interconexión por cinco (5) meses consecutivos o seis (6) meses no consecutivos, lo que constituye infracción muy grave al marco regulatorio y, a su vez, competencia desleal en la modalidad de violación de normas.
- Declarar que NORTEK ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de denigración infringiendo lo establecido por el artículo 11° de la Ley sobre Represión de Competencia Desleal, a través de la difusión de un comunicado con contenido inexacto, falso y denigratorio, con el objeto de menoscabar la reputación de TELEFÓNICA en el mercado.

Como pretensiones accesorias, TELEFÓNICA ha solicitado lo siguiente:

- Al amparo del artículo 24° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 72° y siguientes del Reglamento

² Ver numeral III. del Informe Instructivo.

General de OSIPTEL se sancione a NORTEK por la infracción de normas regulatorias y por la comisión de actos de competencia desleal que son materia del procedimiento.

- De conformidad con lo establecido en el artículo 53° de la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL (Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión) se sancione a NORTEK por infracción de las normas relativas a la interconexión al terminar tráfico en la red de TELEFÓNICA a través de la red de un tercer operador con el que no se encuentra interconectado.
- Se ordene a NORTEK la inmediata cesación de todas las prácticas ilegales que viene cometiendo en contra de TELEFÓNICA.
- Se ordene la publicación de la resolución sancionatoria, cuyo costo será asumido por NORTEK, de conformidad con lo establecido por el artículo 33° de la Ley N° 27336.

Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado N° 001-2003-CCO/OSIPTEL del 25 de agosto de 2003 se admitió la demanda e incorporó de oficio al procedimiento a LIMATEL y FULL LINE, toda vez que los hechos materia de la demanda involucrarían posibles infracciones de dichas empresas al marco regulatorio sobre interconexión.

IV. INFORME INSTRUCTIVO:

En el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica concluyó lo siguiente:

1. El uso indebido de la tarjeta pre-pago de NORTEK:

- La conducta de NORTEK contravendría las normas de comercialización en la medida que no existirían acuerdos de comercialización de tráfico que le permitan cursar tráfico local mediante su tarjeta prepago larga distancia. Sin embargo, no resulta posible sancionar a NORTEK, al no estar dicha conducta expresamente tipificada.
- Adicionalmente, al haber cursado tráfico local pese a que conforme a los alcances del Mandato de Interconexión, no le resultaba posible cursar llamadas locales, NORTEK habría usado indebidamente la interconexión con TELEFÓNICA y, por tanto, habría transgredido los alcances del artículo 45° y 53° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.

2. Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por el uso indebido de la tarjeta prepago larga distancia de NORTEK:

- Con relación a los actos de competencia desleal por la contravención a las normas de comercialización, NORTEK no cuenta con la inscripción respectiva en el registro de comercializadores del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), por lo cual se encontraría impedido de realizar actividades de comercialización. En consecuencia, la demanda resultaría improcedente en este extremo por tratarse de un caso de competencia prohibida y no de competencia desleal.
- Con relación a los actos de competencia desleal por la contravención a las normas de interconexión, no obran en el expediente medios probatorios que demuestren que la ventaja obtenida por el uso indebido de la tarjeta pre-pago de NORTEK haya resultado significativa. En consecuencia, la demanda resultaba infundada en este extremo.

3. Los actos de competencia desleal en la modalidad de denigración:

Las afirmaciones contenidas en la carta remitida por NORTEK a sus clientes respecto a la arbitrariedad e ilegalidad de la conducta de TELEFÓNICA consistente en cortar el acceso de las tarjetas prepago de NORTEK para las llamadas larga distancia desde todos los teléfonos fijos y públicos operados por TELEFÓNICA, no resultarían verdaderas, exactas ni pertinentes y serían susceptibles de afectar el prestigio de la demandante. Por ello, NORTEK habría incurrido en los presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de denigración imputados por TELEFÓNICA.

4. El incumplimiento en el pago de los montos debidos por interconexión:

Los incumplimientos de pago no constituyen un tema que pueda ser materia de imposición de una sanción prevista por el marco regulatorio de telecomunicaciones, tal como ha sido señalado en sendas resoluciones por los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL. Por tanto, la demanda planteada por TELEFÓNICA resultaría improcedente en este extremo.

5. Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por el incumplimiento en el pago de los montos debidos por interconexión:

Al haberse determinado que la demanda resultaría improcedente en el extremo referido al incumplimiento en el pago de cargos de interconexión toda vez que dicho supuesto no constituye una infracción al marco regulatorio de telecomunicaciones, no se habrían cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, en este extremo.

6. La violación de las normas de interconexión por la interconexión irregular entre NORTEK y FULL LINE y entre NORTEK y LIMATEL:

- No existirían elementos probatorios razonables para concluir que NORTEK interconectó su red de larga distancia con la red de FULL LINE y LIMATEL, dado que NORTEK no ha utilizado su red de larga distancia para el transporte de las llamadas materia de este expediente, por lo que debe descartarse que las conductas de NORTEK, FULL LINE y LIMATEL constituyan infracciones a las normas de interconexión.
- La conducta de NORTEK contravendría las normas de comercialización en la medida que no existiría un acuerdo de comercialización entre NORTEK y los operadores a quienes les correspondería el tráfico transportado. Sin embargo, al no estar expresamente tipificada dicha conducta como infracción, no resultaría posible sancionar a NORTEK.

7. Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la interconexión irregular entre NORTEK y FULL LINE y entre NORTEK y LIMATEL:

- En la medida que se ha concluido que NORTEK no habría violado las normas sobre interconexión, no corresponde efectuar el análisis de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, en este extremo.
- En cuanto a la contravención a las normas de comercialización, debe indicarse que NORTEK no cuenta con la inscripción respectiva en el registro de comercializadores del MTC, por lo cual se encontraría impedido de realizar actividades de comercialización. En consecuencia, la demanda resultaría

improcedente en este extremo por tratarse de un caso de competencia prohibida y no de competencia desleal.

8. Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de la cláusula general por la violación del procedimiento de liquidación, facturación y pago:

Habría quedado acreditado que la negativa injustificada de NORTEK a suscribir las actas de conciliación de tráfico constituye una infracción a la cláusula general contenida en la Ley sobre represión de la competencia desleal, toda vez que contravendría la naturaleza y finalidad de las normas sobre el Procedimiento de Liquidación, Facturación y Pago, atentando contra la buena fe comercial e impidiendo el normal desenvolvimiento de dicho procedimiento.

9. En la medida que se ha detectado que NORTEK habría realizado (i) actividades que exceden su contrato de concesión de portador de larga distancia, y; (ii) comercialización de tráfico sin haberse registrado como comercializador; resultaría conveniente poner en conocimiento del MTC estos hechos a efectos de que se adopten las medidas pertinentes.

V. ANÁLISIS DE LA DEMANDA:

5.1 Posiciones de las partes

Respecto a la posición de TELEFÓNICA, así como a lo manifestado por NORTEK, LIMATEL y FULL LINE en el presente procedimiento, el Cuerpo Colegiado se remite a lo señalado sobre el particular en el Informe Instructivo.

5.2 Alegatos

El 8 de junio de 2005, TELEFÓNICA presentó sus alegatos al Informe Instructivo N° 003-2005/ST elaborado por la Secretaría Técnica. Por otro lado, debe indicarse que, pese a haber sido debidamente notificada, NORTEK, LIMATEL y FULL LINE no han presentado sus alegatos al mencionado informe.

En sus alegatos, TELEFÓNICA ha expresado su desacuerdo con las conclusiones del Informe Instructivo en los siguientes temas:

- (i) Los actos de competencia desleal por violación de normas de comercialización por el uso indebido de la tarjeta pre-pago de NORTEK: Al respecto, indicó que debía seguirse el nuevo criterio adoptado por INDECOPI en la Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI, en virtud del cual la concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye competencia prohibida, sino que configura competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.
- (ii) Los actos de competencia desleal por la violación a las normas de interconexión por el uso indebido de la tarjeta prepago de NORTEK: TELEFÓNICA señala que ha acreditado la existencia de ventaja competitiva pues NORTEK obtuvo una notoria reducción de los costos que debía asumir si, como corresponde, hubiera negociado con TELEFÓNICA un acuerdo de interconexión que le permitiera cursar tráfico íntegramente con origen y destino en la red de TELEFÓNICA.

- (iii) La violación de normas mediante la supuesta interconexión irregular entre NORTEK y FULL LINE y entre NORTEK y LIMATEL, pues:
- De la propia documentación remitida por FULL LINE y LIMATEL ha quedado evidenciado que existía una relación de interconexión entre dichas empresas. En todo caso, la Secretaría Técnica debió requerir actuaciones adicionales en las instalaciones de FULL LINE y LIMATEL.
 - No se ha analizado el escenario fijo-larga distancia internacional, en el cual NORTEK pudo recibir las llamadas desde la red de FULL LINE y enrutarlas por su propia red hacia el país del destino.
- (iv) Los actos de competencia desleal supuestamente cometidos por NORTEK en la modalidad de violación de normas mediante la supuesta interconexión irregular entre NORTEK y FULL LINE y entre NORTEK y LIMATEL.

5.3 Informe Oral

El 17 de junio de 2005 se realizó el informe oral ordenado por el Cuerpo Colegiado mediante la Resolución N° 009-2005-CCO/OSIPTEL del 11 de julio de 2005. En dicha diligencia se escuchó únicamente la posición de TELEFÓNICA debido a la inasistencia de los representantes de NORTEK, FULL LINE y LIMATEL. Además de reiterar los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento, TELEFÓNICA señaló lo siguiente:

- La ventaja competitiva obtenida por NORTEK mediante el uso indebido de la tarjeta prepago de NORTEK ha resultado significativa puesto que ha permitido a dicha empresa eludir el pago de alrededor de S/. 5 000 000,00 derivados de su relación de interconexión.
- Debe sancionarse a NORTEK, FULL LINE y LIMATEL puesto que dichas empresas (i) cursaron tráfico local, pese a ser operadores de larga distancia; y (ii) cursaron tráfico al margen de los mecanismos establecidos en sus respectivos contratos o mandatos de interconexión; por lo cual han incurrido en infracciones al artículo 53° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.

VI. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS MATERIA DEL PROCEDIMIENTO:

6.1 El uso indebido de la interconexión entre NORTEK y TELEFÓNICA mediante la habilitación de las tarjetas pre-pago de NORTEK larga distancia para cursar tráfico local.

6.1.1 La conducta a ser analizada

En su demanda, TELEFÓNICA señaló que cuando la interconexión entre TELEFÓNICA, NORTEK y TSM aún se encontraba vigente, NORTEK había comercializado tráfico local originado y terminado en la red de TELEFÓNICA así como tráfico móvil en cuya generación no participa, mediante la habilitación de su tarjeta prepago larga distancia para realizar este tipo de llamadas desde teléfonos de abonados de la red fija de TELEFÓNICA, sin contar con un acuerdo de comercialización previo.

Asimismo, TELEFÓNICA indicó que a través de dicha conducta, NORTEK había obtenido una ventaja competitiva ilícita, configurándose un supuesto de violación de

normas previsto por el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

De acuerdo a lo señalado por TELEFÓNICA en su demanda, corresponde analizar, en primer lugar, si existen infracciones a las normas que regulan la interconexión, el régimen de comercialización o a otras normas que regulan la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones según lo señalado por TELEFÓNICA en su demanda y, de ser el caso, en segundo lugar, si dichas infracciones constituyen actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificado en el artículo 17° de la Ley sobre represión de la competencia desleal.

6.1.2 La infracción a las normas que regulan el régimen de comercialización o a otras normas que regulan la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones

A fin de determinar si NORTEK ha incurrido en las presuntas infracciones imputadas por TELEFÓNICA, la Secretaría Técnica examinará lo siguiente:

- (i) los alcances de la interconexión entre TELEFÓNICA y NORTEK,
- (ii) si se ha acreditado que NORTEK cursó tráfico local a través de su tarjeta prepago larga distancia,
- (iii) si la conducta de NORTEK constituye una infracción a las normas de interconexión,
- (iv) si la conducta de NORTEK constituye una infracción a las normas de comercialización; y,
- (v) si la conducta de NORTEK constituye una infracción a la Ley de Telecomunicaciones sancionable por el Cuerpo Colegiado.

6.1.2.1 La interconexión entre TELEFÓNICA y NORTEK

Mediante Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTEL³ se han establecido las condiciones técnicas, económicas, legales y operativas para interconectar las redes y servicios de NORTEK y TELEFÓNICA.

Como señala expresamente su artículo 1°, el Mandato comprende la interconexión de la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de NORTEK con la red de los servicios de telefonía fija local y de larga distancia de TELEFÓNICA y la red de los servicios de telefonía móvil de TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES (TSM)⁴.

En el Proyecto Técnico que forma parte del Mandato de Interconexión se señala que *"la interconexión debe permitir que las llamadas telefónicas de larga distancia nacional y larga distancia internacional desde y hacia la red de NORTEK sean cursadas correctamente a través de las redes de TELEFÓNICA y de TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES (TSM)."*

Por tanto, conforme al referido Proyecto Técnico, en el marco de esta interconexión, TELEFÓNICA y TSM hacían posible que las llamadas de larga distancia nacional o de larga distancia internacional que se originen o terminen en sus redes de telefonía fija local y móvil respectivamente se cursen por la red portadora de NORTEK en los departamentos de Lima, incluyendo la Provincia Constitucional del Callao, Arequipa, La

³ Publicado en el diario oficial El Peruano el 9 de noviembre de 1999.

⁴ El Mandato señala lo siguiente:

ARTÍCULO 1°.- Establecer las condiciones técnicas, económicas, legales y operativas para interconectar las redes servicios del servicio portador de larga distancia de NORTEK con la red de los servicios de telefonía fija local y de larga distancia de TELEFÓNICA y la red del servicio de telefonía móvil de TSM (Telefónica Servicios Móviles).

Libertad, Cusco, Loreto, Junín y Tacna. Por este servicio, NORTEK y TELEFÓNICA y NORTEK y TSM se pagarían los cargos respectivos⁵.

En consecuencia, dentro de los alcances del Mandato de Interconexión que establece las bases de la interconexión entre TELEFÓNICA, TSM y NORTEK, no resultaba posible cursar llamadas locales, sino únicamente llamadas de larga distancia nacional e internacional.

6.1.2.2. Los hechos acreditados en el expediente

Conforme se indicó en el Informe Instructivo, en la inspección realizada el 24 de abril de 2003 en el local de TELEFÓNICA⁶, se verificó que mediante la tarjeta prepago de larga distancia de NORTEK, desde un número de la red fija de TELEFÓNICA, marcando el número de acceso 080080019 se podían realizar llamadas locales fijo-fijo y fijo-móvil anteponiendo el 01 al número de destino.

Debe precisarse que los mencionados hechos fueron verificados por la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL, cuando la interconexión entre NORTEK, TELEFÓNICA y TSM, se encontraba vigente.

En este sentido, como consecuencia de la verificación realizada por la Gerencia de Fiscalización, el Cuerpo Colegiado considera que está acreditado que NORTEK ha cursado tráfico local utilizando para ello el número 080080019 asignado para cursar tráfico de larga distancia.

Bajo la modalidad antes descrita, NORTEK cursó tráfico local pese a que conforme a los alcances del Mandato de Interconexión que establece las condiciones de la interconexión entre TELEFÓNICA, NORTEK y TSM, no le resultaba posible cursar llamadas locales, sino únicamente llamadas de larga distancia nacional e internacional.

Como argumento de defensa, NORTEK ha expresado que el hecho de que sea técnicamente posible realizar llamadas locales mediante su tarjeta prepago, escapa a su manejo, tanto es así que, conforme a lo señalado por dicha empresa, no promocionó, comercializó o indujo al uso de dicha tarjeta para realizar llamadas locales.

Al respecto, debe indicarse que para la utilización de tarjetas de pago, las empresas operadoras requieren un sistema de software denominado "*plataforma de tarjetas de pago*", en el cual se encuentran registradas todas las tarjetas válidas⁷.

La plataforma prepago identifica la llamada y verifica si ésta debe progresar, lo cual implica que en las centrales de las redes interconectadas debe programarse el número de acceso para que la llamada pueda completarse.

⁵ Dentro de los alcances de esta interconexión y a título de ejemplo, una llamada de larga distancia nacional utilizando la tarjeta prepago de NORTEK debía tener el siguiente recorrido: en la primera fase se emplearía la interconexión entre TELEFÓNICA y NORTEK para el encaminamiento de la llamada de larga distancia realizadas mediante el marcado del número 080080019, interconexión que se encuentra sujeta al pago de los cargos correspondientes; en el segundo tramo se encaminaría la llamada desde el número 080080019 hacia la red de larga distancia de TELEFÓNICA a efectos de completar la llamada en usuarios de provincias.

El Mandato contempla otros escenarios posibles para el transporte de llamadas, pero siempre refiriéndose a llamadas de larga distancia y en el caso de larga distancia nacional, llamadas que terminan en usuarios de provincias.

⁶ Los resultados de esta inspección fueron comunicados a TELEFÓNICA mediante carta de fecha 30 de abril de 2003 remitida por la Gerencia General a TELEFÓNICA, la cual obra en el expediente.

⁷ Las plataformas de tarjetas de pago deben contar con un número de acceso que es el que digitan los poseedores de tarjetas de pago para poder utilizar los servicios de telecomunicaciones correspondientes a dichas tarjetas. Ese número de acceso debe estar programado en la red en la que se origina el tráfico.

NORTEK es un operador de larga distancia y como tal no puede cursar llamadas locales, ello implica que la plataforma prepago de NORTEK debe identificar el número desde el cual se origina la llamada y contrastarlo con el número al cual el usuario está llamando, de forma tal que las llamadas locales no progresen.

Ha quedado acreditado que en las "Instrucciones de Marcado" contenidas en la parte posterior de la tarjeta prepago de NORTEK no se indicaba que mediante esta tarjeta pudieran realizarse llamadas locales. No obstante ello, NORTEK programó a sus centrales de conmutación para que las llamadas locales pudieran completarse exitosamente o, en todo caso, no impidió que las mismas se completaran. Por esto, el hecho de que las llamadas locales progresaran se debe a que NORTEK hizo que ello fuera posible o, en todo caso, no lo impidió.

En la medida que la plataforma prepago de NORTEK permitía que progresen las llamadas identificándolas como si fueran de larga distancia, pese a ser locales, las centrales de TELEFÓNICA dieron curso a dicho tráfico. Cabe señalar que conforme a lo declarado por TELEFÓNICA, sus centrales no tenían posibilidad técnica de descubrir que el tráfico no era de larga distancia, pues éste venía desde la plataforma prepago de NORTEK identificado con el prefijo 01 propio de las llamadas de larga distancia.

En atención a que los hechos mencionados podrían implicar incumplimientos de NORTEK a los alcances de la concesión de portador de larga distancia otorgada por el MTC (vigente en ese momento), la Gerencia General de OSIPTEL dispuso que los resultados de la inspección del 30 de abril de 2003 sean puestos en conocimiento del MTC para los fines pertinentes, tal como consta en la carta de fecha 30 de abril de 2003 que fue remitida a TELEFÓNICA por la Gerencia General, poniéndole en conocimiento los resultados de la inspección mencionada.

Ahora bien, TELEFÓNICA ha señalado que al comercializar tráfico originado y terminado dentro de la red de TELEFÓNICA así como tráfico fijo - móvil en cuya generación no participa, NORTEK ha infringido al menos lo establecido en el:

- Artículo 3° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2003-CD/OSIPTEL.
- Artículos 7° y 9° de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2000-CD/OSIPTEL y a los numerales 22° y 33° de los Lineamientos de Política de Apertura al Mercado de Telecomunicaciones.
- Inciso 9° del Artículo 88° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC.

Tal como ha sido precisado en el Informe Instructivo, en derecho administrativo sancionador, las conductas sancionables son las infracciones establecidas en la norma correspondiente a través de la previsión cierta de lo que es considerado ilícito por la Administración. Dicho principio se encuentra recogido en el inciso 4° del artículo 240° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ello, en la medida de que no todos los preceptos legales imponen deberes cuyo incumplimiento derive en la imposición de una infracción⁸.

⁸ Al respecto, se señala en doctrina que:

"la ley debe describir específicamente la conducta o los conceptos jurídicos indeterminados que servirán de guía para la identificación de las conductas ilícitas, tanto para favorecer al conocimiento y previsibilidad de la acción administrativa por parte del administrado como para acordar el margen discrecional en los asuntos sancionadores de la Administración y concentrarlos en los supuestos tasados previamente". En: Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima, 2001, Pág. 515.

A continuación y teniendo en cuenta los principios que rigen la potestad sancionadora de OSIPTEL, procederemos a analizar si los hechos denunciados constituyen infracciones a alguna de las normas mencionadas por TELEFÓNICA en su denuncia.

6.1.2.3 La infracción a las normas de interconexión

El artículo 3° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión señala que *"la interconexión es el conjunto de acuerdos y reglas que tienen por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por un operador puedan comunicarse con los usuarios de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza, según la clasificación legal correspondiente, prestados por otro operador"*.

Conforme ha sido señalado por OSIPTEL en diversos pronunciamientos⁹, los alcances de la interconexión se encuentran definidos en el contrato o mandato que regula dicha relación. Así, el mandato de interconexión contiene las obligaciones relacionadas con la interconexión, las especificaciones técnicas, los cargos y otros aspectos regulatorios que deben ser observados por las empresas en su interconexión, tal como lo señala el texto del artículo 45° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión vigente al momento de los hechos materia del expediente¹⁰:

"Artículo 45°.- Vencido el plazo señalado en el Artículo 43°, si las partes no hubiesen convenido los términos y condiciones de la interconexión, a solicitud de una de ellas o ambas, el Consejo Directivo de OSIPTEL podrá comunicar a los operadores involucrados su intención de expedir un mandato con las normas específicas a las que se sujetará la interconexión, los cargos de acceso que ésta generará, las formulas de ajuste que corresponda aplicar y cualesquiera aspectos de regulación que considere necesarios." (El resaltado es nuestro).

En este sentido y tal como se ha mencionado en el acápite anterior, el Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTEL señala que la interconexión entre TELEFÓNICA, TSM y NORTEK comprende la interconexión de la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de NORTEK con la red de los servicios de telefonía fija local y de larga distancia de TELEFÓNICA y la red de los servicios de telefonía móvil de TSM¹¹.

A partir de la inspección realizada por la Gerencia de Fiscalización efectuada cuando se mantenía operativa la interconexión entre TELEFÓNICA, TSM y NORTEK, ha quedado acreditado que NORTEK mediante el uso de su tarjeta prepago larga distancia ha cursado tráfico local pese a que conforme a los alcances del Mandato de Interconexión establecidos en su artículo 1° y en el Proyecto Técnico, no le resultaba posible cursar llamadas locales, sino únicamente llamadas de larga distancia nacional e internacional.

⁹ Exposición de Motivos, parte explicativa de los Mandatos, Cargos tope de interconexión, entre otros.

¹⁰ Cabe señalar que el mismo texto se encuentra vigente en la actualidad, pero en el artículo 45-A° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.

¹¹ Al respecto, el proyecto técnico de dicho mandato señala:

"Con el objeto de determinar el alcance de la interconexión que, por el MANDATO, se establece, es necesario delimitar las redes y servicios públicos de telecomunicaciones que se interconectarán, tanto de NORTEK como de TELEFÓNICA. Al respecto de la información remitida por las partes, la interconexión establecida en el MANDATO comprende la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de NORTEK con la red de los servicios de telefonía local, y de larga distancia de TELEFÓNICA y la red de los servicios de telefonía móvil de TSM."

En esa medida, el hecho de que las llamadas locales progresaran y fueran terminadas en los destinatarios respectivos, se debía a que NORTEK programó su plataforma prepago ubicada en su central de conmutación para que esto fuera posible o, en todo caso, no impidió que dichas llamadas progresaran.

Por ello, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que NORTEK usó indebidamente la interconexión existente entre ésta, TSM y TELEFÓNICA, transgrediendo los términos del mandato de interconexión. En efecto, NORTEK utilizó la interconexión, que en dicho momento aún no había sido suspendida por falta de pago, para simular que todo el tráfico que cursaba era tráfico de larga distancia, pese a que también incluía tráfico local.

En consecuencia, la conducta de NORTEK contravino los alcances del Mandato de Interconexión en el extremo referido al tráfico que podía ser cursado por medio de la interconexión y, por tanto, infringió el artículo 45° que establece que los mandatos regulan las reglas a las que deben someterse las empresas en su interconexión.

De otro lado, el artículo 53° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión señala lo siguiente:

"Artículo 53°.- El incumplimiento de las obligaciones contraídas en los contratos de interconexión, o de las disposiciones de la presente Norma que no se encuentren tipificado como muy grave, constituye infracción grave. Dichas infracciones se sancionarán conforme a las disposiciones de la Ley y al procedimiento establecido en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones." (El resaltado es nuestro).

Como se aprecia, el artículo 53° establece que las infracciones a las normas contenidas en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión que no se encuentren expresamente tipificadas como muy graves, constituyen infracciones graves.

Debe indicarse que no cualquier contravención a las disposiciones de las Normas de Interconexión genera la imposición de una sanción administrativa al amparo de lo establecido en el artículo 53°, puesto que existen situaciones que tienen otras vías o medidas de solución, como es el caso del incumplimiento en el pago de los montos debidos por cargos de interconexión que también serán materia de análisis en la presente resolución.

En efecto, la sanción es la última ratio del Estado, a la cual sólo se acude cuando no puede utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y prohibiciones. Así, las normas que establecen sanciones no se refieren de ordinario a bienes individuales sino a intereses y bienes colectivos, generales y públicos. Los daños producidos a los bienes individuales están cubiertos por otro tipo de normas como las normas sobre responsabilidad del Código Civil o incluso pueden tener otras vías distintas a la judicial, a través de las cuales, el perjudicado puede reclamar por los daños causados¹².

En este sentido, debe indicarse que los alcances de la interconexión entre redes de operadores de telecomunicaciones establecidos en un Mandato, definen el tipo de llamadas que podrán realizar los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y las que podrán ser transportadas por las respectivas redes. En consecuencia, las contravenciones a lo establecido en el Mandato respecto de los alcances de la interconexión constituyen infracciones al artículo 45° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión que claramente afectan los intereses generales.

¹² Nieto García, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Segunda Edición. Tecnos. Madrid. 1993. Pág. 32.

Conforme a lo establecido en el artículo 53° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, las infracciones al artículo 45° de dicho Texto Único califican como infracciones graves.

En consecuencia, al haber cursado tráfico local pese a que acuerdo a los alcances del Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTTEL, no le resultaba posible cursar llamadas locales (sino únicamente llamadas de larga distancia nacional e internacional), NORTEK ha usado indebidamente la interconexión con TELEFÓNICA y TSM cuyos alcances fueron definidos en el referido mandato. Por tanto, NORTEK ha transgredido los alcances del artículo 45° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión que define que las partes deben sujetarse en su relación de interconexión a lo establecido en el respectivo Mandato. Asimismo, conforme al artículo 53° del referido Texto Único, dicha conducta constituye infracción grave.

De acuerdo a lo expuesto, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que tales hechos constituyen infracciones a las normas sobre interconexión¹³.

Por tanto, la demanda presentada por TELEFÓNICA resulta fundada en este extremo.

6.1.2.4 La infracción a las normas de comercialización

Tal como ha sido detallado en el Informe Instructivo, la legislación nacional en materia de comercialización no fija un procedimiento de negociación de acuerdos de comercialización supervisado por el regulador, pero al establecer un esquema facultativo asume la existencia un acuerdo comercial entre el concesionario y el comercializador para la comercialización de su tráfico.

Conforme a lo expresado anteriormente, de acuerdo al marco legal vigente, para comercializar o revender tráfico de un operador de servicios públicos de telecomunicaciones, se requiere celebrar un acuerdo con dicho operador. En aplicación del numeral 2) del artículo 7° de la Resolución N° 049-2000-CD/OSIPTTEL¹⁴, dicho acuerdo debe ser puesto en conocimiento de OSIPTTEL. En

¹³ Es importante en este punto, hacer una diferenciación de los hechos sobre los que versa el presente expediente con el tramitado bajo el Expediente N° 001-2004.

En el Expediente N° 001-2004, TELEFÓNICA demandó a NORTEK por cuanto esta empresa estaría cursando tráfico originado en la red de TELEFÓNICA infringiendo las disposiciones relativas a la interconexión. Según TELEFÓNICA, NORTEK realizaba llamadas de larga distancia mediante el marcado de un número de línea de abonado de AT&T Perú S.A. (en adelante AT&T, hoy Telmex). De acuerdo con lo señalado por TELEFÓNICA, esta conducta de NORTEK se habría realizado sin autorización de AT&T.

Luego del análisis respectivo, el Cuerpo Colegiado a cargo de dicha controversia concluyó que había quedado acreditado que no existía interconexión entre NORTEK y AT&T o un tercer operador en el tramo que se había señalado como posible escenario de infracciones a las normas de interconexión.

Sin perjuicio de esto, el Cuerpo Colegiado concluyó que la única alternativa para que NORTEK hubiese podido cursar llamadas de larga distancia a través de la red de cualquier operador de este servicio, hubiera sido solicitar al mismo la comercialización de su tráfico de larga distancia. En tal sentido, se comprobó que NORTEK comercializó tráfico sin seguir el procedimiento y requisitos establecidos legalmente, por lo cual incumplió las normas de comercialización; pero no pudo ser sancionada al no existir tipo legal en el cual subsumir su conducta.

Como puede apreciarse, el caso tramitado bajo el Expediente N° 001-2004 es diferente al presente procedimiento pues en éste sí se ha verificado la existencia de una relación de interconexión vigente, la cual fue empleada indebidamente para hacer pasar por tráfico local como tráfico de larga distancia. Por ello, en la presente controversia, el Cuerpo Colegiado ha concluido que existen infracciones a las normas de interconexión.

¹⁴ **RESOLUCIÓN N° 049-2000-CD/OSIPTTEL, APRUEBAN NORMAS RELATIVAS A LA COMERCIALIZACIÓN DEL TRÁFICO Y/O DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**
ARTÍCULO 7°.- Obligaciones de los comercializadores frente a OSIPTTEL

Son obligaciones de los comercializadores de tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones frente a OSIPTTEL las siguientes: (...)

2. Remitir el respectivo acuerdo comercial suscrito con el concesionario. (...)

caso el comercializador no cumpla con su obligación de remitir a OSIPTEL el acuerdo mencionado anteriormente, incurrirá en una infracción grave¹⁵.

Como se puede apreciar de las normas antes mencionadas, la comercialización implica la adquisición por un comercializador de tráfico o servicios a un operador, a precios al por mayor a fin de venderlos a precio minorista.

Por lo general, la venta a los usuarios finales del tráfico adquirido a un concesionario por parte de los comercializadores, se efectúa a través de tarjetas de pago, cuyo uso permite que los usuarios del servicio facturen las llamadas efectuadas a cuentas no asociadas a la línea desde la cual se origina la llamada.

En el caso, conforme a lo comprobado en la inspección realizada y la interconexión existente entre TELEFÓNICA, TSM y NORTEK, el tráfico originado en usuarios de TELEFÓNICA era transportado a través de la red fija local de dicha empresa hacia el número 080080019. Luego, en el segundo tramo, las llamadas se encaminarían desde el número 080080019 hacia los usuarios de TELEFÓNICA y TSM. Teniendo en cuenta la interconexión vigente en ese momento, dichas llamadas llegarían a completarse a través de la red de larga distancia de TELEFÓNICA o de la red móvil de TSM.

En la medida que este tráfico local se habría originado en la red de TELEFÓNICA, que la tarifa al usuario final es establecida por dicha empresa y que habría sido transportado por TELEFÓNICA en todo su recorrido, su comercialización requería la celebración de un acuerdo en el cual TELEFÓNICA autorizara a NORTEK a comercializar dicho tráfico local¹⁶.

Asimismo, en el caso de las llamadas terminadas en teléfonos móviles (TSM), en las cuales es TSM quien fija la tarifa al usuario final, su comercialización requería de la celebración de un acuerdo en el cual el operador móvil (TSM) autorizara a NORTEK a comercializar dicho tráfico local¹⁷.

15 RESOLUCIÓN N° 049-2000-CD/OSIPTEL, APRUEBAN NORMAS RELATIVAS A LA COMERCIALIZACIÓN DEL TRÁFICO Y/O DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

ARTÍCULO 13°.- Sanciones

El incumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 5°, 7°, 8°, 9° y 11° de la presente norma será considerado falta grave y en el caso del artículo 6° será muy grave, aplicándose en ambos supuestos el procedimiento establecido por el Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL.

¹⁶ Cabe señalar que a diferencia de los hechos comprobados en la controversia Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFÓNICA) contra Nortek Communications S.A.C. (NORTEK) – Expediente 001-2004-ST/IX, en el presente procedimiento las llamadas lograron terminarse usando indebidamente la interconexión fija-larga distancia existente entre NORTEK y TELEFÓNICA.

¹⁷ La necesidad de celebrar acuerdos de comercialización en casos como el que es materia del presente informe, ha sido establecido por OSIPTEL en el Mandato de Interconexión N° 004-2001-CD/OSIPTEL publicado en el diario oficial El Peruano el 6 de junio de 2001, que amplió la interconexión establecida entre AT&T Perú S.A. y TELEFÓNICA.

"AT&T pretende que se establezca bajo el marco de interconexión la posibilidad de que esta empresa permita a los adquirentes de su tarjeta prepago realizar, entre otros, los siguientes tipos de comunicaciones:

Realizar comunicaciones locales originadas por un abonado del servicio de telefonía fija de Telefónica con destino a un abonado del servicio de telefonía fija de AT&T.

Realizar comunicaciones locales originadas por un abonado del servicio de telefonía fija de Telefónica con destino a un abonado del servicio de telefonía fija local de Telefónica.

Realizar comunicaciones locales originadas desde un teléfono público de Telefónica con destino a un abonado del servicio de telefonía fija de AT&T.

Realizar comunicaciones locales originadas desde un teléfono público de Telefónica con destino a un abonado del servicio de telefonía fija de Telefónica.

En todos los casos citados, la regulación establece que la tarifa por llamada es establecida por el operador de la red que origina la comunicación, es decir por Telefónica, y es esta empresa la que comercializa su propio tráfico. Esta empresa se encarga de la facturación y cobranza de los servicios de telefonía local derivados de las comunicaciones descritas. Por tanto,

Ha quedado acreditado que NORTEK mediante el uso de su tarjeta pre-pago larga distancia ha cursado tráfico local pese a que conforme a los alcances del Mandato de Interconexión, no le resultaba posible cursar llamadas locales, sino únicamente llamadas de larga distancia nacional e internacional. Dicho tráfico local cursado por NORTEK fue disimulado como tráfico de larga distancia, pues se anteponía a cada llamada el prefijo 01 (empleado en las llamadas de larga distancia) y así -en el entendido que se trataba de tráfico de larga distancia y no de tráfico local-, era transportado por TELEFÓNICA y TSM.

En tal sentido, la conducta de NORTEK contraviene las normas de comercialización en la medida que no existen acuerdos de comercialización entre NORTEK y TELEFÓNICA y entre NORTEK y TSM a efectos de comercializar el tráfico local que corresponde a TELEFÓNICA y a TSM, respectivamente.

En efecto, dado que el acuerdo de comercialización entre la empresa concesionaria y quien pretenda comercializar su tráfico es un requisito indispensable para poder realizar esta actividad, la conducta de NORTEK constituye una comercialización indebida del tráfico del operador cuya red fue empleada por la demandada para transportar las llamadas materia de este procedimiento. Por tanto, el comportamiento de NORTEK resulta contrario a las normas de comercialización.

Ahora bien, como se indicó en el numeral precedente, de conformidad con lo establecido por el principio de tipicidad que regula la potestad sancionadora de la administración pública, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir el uso de la analogía.

En este sentido, en la medida que la comercialización de tráfico sin haber suscrito los acuerdos correspondientes no se encuentra tipificada expresamente como una vulneración a las normas que regulan esta actividad, no resulta posible sancionar a NORTEK por la conducta en cuestión¹⁸.

Tal como puede concluirse, en ninguna de las disposiciones a las cuales se ha hecho referencia en el presente acápite, se tipifica expresamente como infracción la comercialización del tráfico sin haber suscrito un acuerdo de comercialización; pese a que, la suscripción de este acuerdo es necesaria para poder realizar esta actividad; siendo prueba de ello la obligación del comercializador de presentar ante OSIPTEL el contrato correspondiente.

La interpretación de TELEFÓNICA según la cual la omisión en presentar el contrato de comercialización tendría su origen en la falta de suscripción del mismo, por lo que esta conducta sería sancionable; constituye la creación de un tipo legal por analogía a partir de la obligación contenida en el artículo 7º, numeral 2) de las normas sobre

no es posible que el presente mandato de interconexión disponga que dichas comunicaciones sean prestadas de forma obligatoria por Telefónica a AT&T, pues dichas obligaciones se encuentran en el ámbito de la legislación sobre comercialización de tráfico Telefónica. (...)

AT&T, a fin de utilizar su tarjeta de pago para este tipo de comunicaciones deberá pactar con Telefónica un acuerdo de reventa del tráfico local de esta última."

¹⁸ En efecto, ni la Resolución Ministerial N° 110-2000-MTC/15.03 ni las Normas sobre Comercialización aprobadas por OSIPTEL, normas especiales aplicables al régimen de comercialización, han tipificado de manera expresa como infracción la comercialización de tráfico sin haber suscrito el contrato correspondiente.

De igual modo, el Reglamento de Infracciones, norma que regula el régimen general de infracciones a las disposiciones del sector telecomunicaciones, no contiene un capítulo en el cual se tipifiquen expresamente las infracciones a las normas sobre comercialización.

comercialización, siendo que ello contraviene el principio de tipicidad contenido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En este sentido, no resulta posible sancionar a NORTEK por haber comercializado tráfico sin haber suscrito el acuerdo en cuestión, ya que ello podría constituir una afectación al principio de tipicidad que rige la potestad sancionadora de la administración pública.

De otro lado, TELEFÓNICA ha señalado que debía sancionarse a NORTEK por estos hechos al amparo de lo establecido en el artículo 53° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión el cual establece que las infracciones a las normas contenidas en dicho Texto Único que no se encuentren expresamente tipificadas como muy grave, constituyen infracción grave.

Al respecto, debe indicarse que el artículo 53° mencionado resulta aplicable para supuestos de infracciones a las normas del referido Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión y como tal ha sido aplicado en el acápite precedente. Sin embargo, dicho artículo no resulta aplicable a otros cuerpos normativos, como es el caso de las normas de comercialización.

Sin perjuicio del incumplimiento detectado y de la imposibilidad legal de sancionarlo, debe indicarse que NORTEK, adicionalmente, ha actuado como comercializador de tráfico local sin haberse inscrito en el Registro de Comercializadores a cargo del MTC, por lo que resulta conveniente remitir la parte pertinente del expediente a tal entidad para que de ser el caso establezca las medidas que correspondan¹⁹.

Cabe señalar que mediante Resolución N° 005-2005-TSC/OSIPTEL de fecha 9 de marzo de 2005, el Tribunal de Solución de Controversias ha coincidido con esta posición al confirmar la Resolución N° 007-2004-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia tramitada bajo el Expediente N° 001-2004-CCO/OSIPTEL, mediante la cual se señaló que la comercialización de tráfico sin haber celebrado acuerdo, no se encuentra tipificada como infracción por lo cual no es posible sancionarla²⁰.

6.1.2.5 La infracción a la Ley de Telecomunicaciones

En su demanda, TELEFÓNICA ha indicado que NORTEK actuó como un comercializador de tráfico incumpliendo las normas que regulan esta actividad, por lo que la conducta de esta empresa estaría tipificada como una infracción por el artículo 88°, numeral 9) de la Ley de Telecomunicaciones. Dicha norma califica como una infracción grave la utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones²¹.

¹⁹ Ello ha sido comprobado a partir de la revisión de la web del MTC donde se consigna el referido Registro de Comercializadores (www.mtc.gob.pe).

²⁰ En la Resolución N° 005-2005-TSC/OSIPTEL de fecha 9 de marzo de 2005 el Tribunal de Solución de Controversias confirmó la Resolución N° 007-2004-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia tramitada bajo el Expediente N° 001-2004-CCO/OSIPTEL señalando lo siguiente:
"Estos actos podrían haber sido sujeto de sanción de acuerdo al Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones pero no están tipificados por lo que ni el Cuerpo Colegiado ni el Tribunal de Solución de Controversias pueden sancionarla". (El resaltado es nuestro).

²¹ LEY DE TELECOMUNICACIONES, ARTÍCULO 88°.- Constituyen Infracciones graves:

9) La utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones.

Sin embargo, en el mismo sentido de lo señalado en el Informe Instructivo, el Cuerpo Colegiado considera que la aplicación de dicha norma al caso, no resulta pertinente toda vez que este artículo se refiere a usos indebidos de servicios de telecomunicaciones en los aspectos cuya supervisión está a cargo del MTC y, por tanto tiene su respectivo esquema de multas y procedimiento que es aplicado por el propio MTC, como se aprecia de la lectura de la norma en cuestión²².

6.1.3 Conclusión

Al haber cursado tráfico local pese a que conforme a los alcances del Mandato de Interconexión, no le resultaba posible cursar llamadas locales (sino únicamente llamadas de larga distancia nacional e internacional), NORTEK ha usado indebidamente la interconexión con TELEFÓNICA y, por tanto, ha transgredido los alcances del artículo 45° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión que define que las partes deben sujetarse en su relación de interconexión a lo establecido en el respectivo Mandato, la cual se encuentra tipificada como infracción grave en el artículo 53° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión. Por tanto, la demanda resultaría fundada en este extremo.

De otro lado, la conducta de NORTEK también contraviene las normas de comercialización en la medida que no existirían acuerdos entre NORTEK y TELEFÓNICA y entre NORTEK y TSM a efectos de comercializar tráfico. Sin embargo, al no estar expresamente tipificada dicha conducta como infracción, no resulta posible sancionar a NORTEK. Por tanto, la demanda resulta improcedente en este extremo.

6.2 Actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas constituidos por el uso indebido de la interconexión

6.2.1 Marco Conceptual

La Ley sobre Represión de Competencia Desleal en su artículo 17° considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes, debiendo dicha ventaja ser significativa²³.

Al respecto, corresponde indicar que tal como lo ha señalado la doctrina, para que la violación de normas por parte de un competidor pueda ser calificada de desleal, es necesario que dicha violación genere al infractor una ventaja competitiva en relación con los demás competidores que concurren en el mercado cumpliendo con la norma vulnerada, reflejada en la disminución de los costos de producción o distribución del infractor. Así, la referida ventaja tiene que ser significativa, debiendo el infractor obtener un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela²⁴.

²² LEY DE TELECOMUNICACIONES, ARTÍCULO 90.- Las infracciones consideradas como muy graves serán sancionadas con multas entre treinta (30) y cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Adicionalmente, en función de la gravedad, la autoridad administrativa puede ordenar el decomiso de equipos y la renovación temporal o definitiva de la concesión o autorización. (...).

²³ LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, ARTÍCULO 17.- Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

²⁴ Según la opinión de KRESALJA, "(...) no toda violación de normas por parte del competidor puede ser calificada de desleal; en primer término, la violación ha de reportar una 'ventaja competitiva' en relación con los restantes operadores en el mercado que cumplan con la norma violada -representada en una disminución en los costos de producción o distribución de los productos o servicios de que se trate-, o también el acceso privilegiado a un determinado mercado. En segundo lugar, la ventaja mencionada ha de ser 'significativa', tal como dice textualmente la ley, pues sólo de esa manera el infractor obtendrá un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela. Y, finalmente, el infractor

En esta línea de razonamiento, los Lineamientos Generales para la Aplicación de la Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones²⁵ -en adelante, Lineamientos de Competencia Desleal en Telecomunicaciones- han previsto que para esta figura OSIPTEL deberá considerar 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.

Así, 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.

Por su parte, en lo referido a la ventaja ilícita "significativa", OSIPTEL considera que la misma debe determinarse evaluando los beneficios que reporta al infractor el incumplimiento de la norma, lo cual debería determinarse en términos de la disminución en sus costos o su acceso privilegiado al mercado debido a la infracción de la norma.

Dado que los hechos materia de la demanda interpuesta por TELEFÓNICA, versan sobre actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas configurados por el uso indebido de la tarjeta prepago larga distancia de NORTEK, se procederá a analizar si en el presente caso se han configurado los requisitos mencionados por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal y los Lineamientos de Competencia Desleal en Telecomunicaciones antes mencionados para que se configure un acto de violación de normas. A saber:

- (i) El hecho materia de la denuncia no constituya competencia prohibida.
- (ii) La infracción de normas, pudiendo configurarse esta mediante la (a) infracción de normas legales de carácter imperativo, es decir, aquellas que establecen deberes al administrado, o (b) cuando exista evidencia de que la infracción de alguna norma declarativa, que reconoce derechos, pueda ser aprovechada para incurrir en prácticas desleales que no se encuentren reguladas por otras disposiciones de la Ley.
- (iii) La existencia de una ventaja significativa obtenida por la empresa demandada como consecuencia de la infracción de normas, frente a sus competidores.

6.2.2 Competencia prohibida

Los Lineamientos de Competencia Desleal en Telecomunicaciones para la aplicación de las normas de competencia desleal en el ámbito de las telecomunicaciones señalan

tiene que valerse, es decir, hacer efectiva en el mercado esa ventaja competitiva, más allá de si ello le produce o no una 'ganancia' (aunque algunos dicen que 'siempre' la obtiene)."

KRESALJA, Baldo. "Comentarios al Decreto Ley N° 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal". En: Derecho, Revista editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 47, 1993, pg 59.

²⁵ Resolución 003-2000-CD/OSIPTEL, Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones.

que la competencia desleal por violación de normas y la competencia prohibida son prácticas de competencia ilícita. Sin embargo, mientras la competencia desleal por violación de normas supone realizar una actividad económica permitida y en ejercicio de dicha actividad obtener una ventaja competitiva ilícita derivada del incumplimiento de una norma legal, la competencia prohibida implica realizar una actividad económica que la ley no permite por no cumplir con los requisitos legales para ello o porque se ha reservado - legalmente - una actividad económica a determinados agentes.

Así la diferencia principal radica en que lo ilícito en la competencia desleal es el mecanismo utilizado y en la competencia prohibida lo ilícito es competir.

Dichos Lineamientos precisan que existen dos modalidades de competencia prohibida: (i) absoluta, que se presenta cuando la ley reserva una determinada actividad a favor de una o algunas empresas, por ejemplo a través de un monopolio legal; y, (ii) relativa, que ocurre cuando la ley condiciona la realización de una actividad empresarial al cumplimiento de determinados requisitos previos o autorizaciones, como por ejemplo la obligación de contar con la correspondiente concesión para desarrollar cualquier servicio público de telecomunicaciones.

De acuerdo a lo señalado, la autoridad competente para sancionar los casos de competencia prohibida no es OSIPTEL sino quien determina el ingreso de los agentes al mercado a través de las concesiones y autorizaciones, es decir - en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones - el MTC. En tal virtud, conforme a los mencionados Lineamientos, OSIPTEL declarará improcedentes las demandas de competencia por violación de normas que constituyan supuestos de competencia prohibida por el sistema legal.

En sus alegatos, TELEFÓNICA ha señalado que OSIPTEL debía seguir el nuevo criterio adoptado por INDECOPI²⁶, en virtud del cual la concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye competencia prohibida, sino que configura competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

En este sentido, TELEFÓNICA indicó que los operadores que prestan servicios de telecomunicaciones de manera informal - como NORTEK - podían escapar a la aplicación de las normas de competencia desleal bajo la excusa de que no se encuentran inscritos en un registro o que no cuentan con las autorizaciones correspondientes.

Sin embargo, TELEFÓNICA en su escrito de demanda, no objetó que la realización de una actividad empresarial sin el cumplimiento de determinados requisitos previos o autorizaciones, sea considerada como competencia desleal y no como competencia prohibida²⁷. Fue con ocasión de sus alegatos al Informe Instructivo que TELEFÓNICA -cambiado su posición al respecto- objetó este criterio.

TELEFÓNICA ha alegado que existe un cambio de criterio que sobre el tema ha adoptado INDECOPI, el cual sin embargo, no vincula a OSIPTEL.

En este sentido, el Cuerpo Colegiado considera que la finalidad de las normas de leal

²⁶ En la Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI.

²⁷ En su escrito de demanda, TELEFÓNICA señaló que:

"... la competencia prohibida relativa se presenta en los casos en que existe una prohibición legal de competir, pero ésta puede ser superada mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, normalmente exigidos por la administración con anterioridad al desarrollo de la actividad (...) debe tenerse previamente la autorizaciones y permisos correspondientes."

competencia es corregir conductas que distorsionan la competencia entre agentes autorizados para concurrir al mercado, toda vez que compiten sin respetar las reglas de lealtad y buena fe. De otro lado, la finalidad de las normas que establecen prohibiciones de acceso al mercado, consiste en que los agentes no ingresen a dichos mercados sin que hayan cumplido determinados requisitos para ello. En este sentido, para evitar que los agentes sigan compitiendo sin contar con las autorizaciones respectivas corresponde acudir a las normas sectoriales que controlan dicho acceso y no a las normas de leal competencia.

Es por ello que, el declarar improcedentes demandas por competencia prohibida no implica poner en situación de indefensión a los demás agentes del mercado, puesto que éstos – de considerar que se afectan sus intereses – recurrirán a las autoridades encargadas del control de acceso a la actividad correspondiente -en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones el MTC -, las cuales resultan competentes para sancionar e impedir la concurrencia de los agentes que no cuentan con las autorizaciones correspondientes.

Por lo expuesto, en la misma línea de lo señalado en el Informe Instructivo, el Cuerpo Colegiado considera que el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal debe entenderse limitado a casos en los cuales agentes del mercado no impedidos de competir o autorizados para hacerlo, vulneran normas que les permiten seguir compitiendo en el mercado pero obteniendo una ventaja significativa ilícita significativa, y no el caso de quien no está autorizado a suministrar servicios a dichos consumidores y lo hace.

6.2.3 Contravención a las normas de interconexión

A. Competencia desleal o competencia prohibida

En lo referido a estas infracciones a las normas de interconexión debe indicarse que a la fecha de los hechos materia del caso, NORTEK contaba con la respectiva concesión de portador y con el Mandato de Interconexión para cursar llamadas de larga distancia. Por tanto, NORTEK no era un agente impedido de competir en el mercado de portadores, sino un agente autorizado para ello que ha vulnerado normas de interconexión, obteniendo con ello - conforme a la denuncia de TELEFÓNICA - una ventaja significativa.

En consecuencia, en este extremo, los hechos denunciados constituyen un supuesto de competencia desleal y no de competencia prohibida.

B. La infracción a las normas

Tal como se ha señalado, a partir de la verificación realizada por la Gerencia de Fiscalización, ha quedado acreditado que NORTEK mediante el uso de su tarjeta prepago larga distancia ha cursado tráfico local pese a que conforme a los alcances del Mandato de Interconexión, no le resultaba posible cursar llamadas locales, sino únicamente llamadas de larga distancia nacional e internacional.

Ello implica que NORTEK ha usado indebidamente la interconexión con TELEFÓNICA y, por tanto, ha transgredido los alcances del artículo 45° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión que define que las partes deben sujetarse en su relación de interconexión a lo establecido en el respectivo Mandato y el artículo 53° que establece que el incumplimiento de las obligaciones contraídas en las disposiciones de dicha norma que no se encuentre tipificado como muy grave constituye infracción grave.

C. La ventaja significativa

Corresponde ahora determinar si con el incumplimiento a los alcances del Mandato de Interconexión, es decir con el uso indebido de NORTEK de su interconexión con TELEFÓNICA y TSM, NORTEK ha obtenido una ventaja ilícita significativa.

Conforme a lo señalado, en lo referido a la ventaja ilícita "significativa", OSIPTEL considera que la misma debe determinarse evaluando los beneficios que reporta al infractor el incumplimiento de la norma. Ello se establecerá considerando que la disminución en costos o acceso privilegiado al mercado debido a la infracción de la norma, hayan sido utilizados por el infractor para competir en mejores condiciones y posicionarse más adecuadamente en el mercado.

En el presente caso, no obran en el expediente medios probatorios que demuestren que la disminución en los costos o el acceso privilegiado de NORTEK al mercado debido a la infracción de la norma, le hayan otorgado una mejor posición competitiva. En consecuencia, no se ha demostrado que la ventaja obtenida por NORTEK mediante el uso indebido de su interconexión, haya resultado significativa.

En tal sentido, debe considerarse que no se ha acreditado que el volumen de tráfico generado fuese considerable. Adicionalmente, el periodo dentro del cual dichas llamadas pudieron efectuarse fue corto²⁸.

En efecto, NORTEK no ha publicitado ni comunicado a sus usuarios que a través de sus tarjetas prepago de larga distancia también resultaba posible efectuar llamadas fijo-fijo local y fijo-móvil, lo que hace poco probable que se hubiese generado un volumen de tráfico significativo.

De otro lado, para haber transportado legítimamente tráfico local vía interconexión, NORTEK debió haber celebrado con TELEFÓNICA el correspondiente contrato de interconexión fija – fija local. En la medida que NORTEK pudo requerir los mismos enlaces de su interconexión fija-larga distancia para la habilitación de una posible interconexión fija-fija local, la omisión de la implementación de esta interconexión fija-fija local no habría resultado para NORTEK un ahorro de costos significativo.

Finalmente, en el informe oral, TELEFÓNICA ha señalado que la ventaja obtenida por NORTEK resultaría significativa toda vez que mediante el uso indebido de la interconexión dicha empresa ha podido eludir el pago de alrededor de S/. 5 000 000,00, derivados de su relación de interconexión.

Al respecto, debe indicarse que la deuda mencionada por TELEFÓNICA responde a diversos conceptos de interconexión y periodos de prestación de servicios; y no específicamente a las llamadas materia del caso.

Por tanto, la demanda resulta infundada por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas de interconexión.

6.2.4. Contravención a las normas de comercialización

Conforme a la información que consta en el registro de comercializadores (www.mtc.gob.pe), NORTEK –a la fecha de los hechos materia del caso- no contaba

²⁸ Aproximadamente durante abril y mayo de 2003.

con la inscripción respectiva en dicho registro por lo cual se encontraba impedido de realizar actividades de comercialización de tráfico. En consecuencia, NORTEK era un agente impedido de competir en el mercado de comercialización de tráfico telefónico, por lo que el presente caso se encuentra en el campo de la competencia prohibida y la demanda formulada por TELEFÓNICA resulta improcedente en este extremo²⁹.

Sin perjuicio de ello, incluso si se considerase que el caso es un supuesto de competencia desleal por contravención a las normas de comercialización, tampoco se habría configurado el acto de competencia desleal, toda vez que no obran en el expediente medios probatorios que demuestren que la disminución en los costos o el acceso privilegiado de NORTEK al mercado debido a la vulneración a las referidas normas de comercialización, le hayan permitido competir en mejores condiciones y posicionarse más adecuadamente en el mercado.

En efecto, y en el mismo sentido de lo señalado en el acápite precedente, debe indicarse que no se ha acreditado que el volumen de tráfico generado fuese considerable. Adicionalmente, el periodo dentro del cual dichas llamadas pudieron efectuarse fue corto.

6.2.5 Conclusión

Con relación a los actos de competencia desleal por la contravención a las normas de interconexión, no ha quedado acreditado que la ventaja obtenida por el uso indebido de la tarjeta pre-pago de NORTEK resultase significativa. En consecuencia, la demanda resulta infundada en este extremo.

Con relación a los actos de competencia desleal por la contravención a las normas de comercialización, NORTEK no contaba con la inscripción respectiva en el registro de comercializadores del MTC, por lo cual se encontraba impedido de realizar actividades de comercialización. En consecuencia, la demanda debe ser declarada improcedente en este extremo por tratarse de un caso de competencia prohibida y no de competencia desleal.

6.3 La violación de las normas de interconexión: interconexión irregular con FULL LINE y LIMATEL

6.3.1 Conductas denunciadas

En la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 001-2003-CCO/OSIPTEL se admitió la demanda interpuesta por TELEFÓNICA contra NORTEK en el extremo referido a la terminación de tráfico en la red de TELEFÓNICA a través de terceros operadores con los que no se encuentra interconectada conforme a lo establecido en el procedimiento de negociación supervisada establecido en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.

Mediante la referida resolución FULL LINE y LIMATEL fueron incorporadas de oficio al procedimiento, puesto que serían los terceros operadores con los cuales se interconectó NORTEK a efectos de terminar llamadas en la red de TELEFÓNICA. Ello, considerando que según lo informado mediante Memorandum N° 628-GFS/2003 por la Gerencia de Políticas Regulatorias – a la fecha de los hechos-, no

²⁹ Tal como se ha señalado líneas arriba y en el numeral 3.2 de la Resolución Ministerial N° 110-2000-MTC/15.00: *"podrán ser comercializadores las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que previamente al inicio de sus actividades de comercialización, estén inscritas en el "Registro de Comercializadores". (El resaltado es nuestro).*

existía ningún acuerdo o mandato de interconexión aprobado por OSIPTEL entre NORTEK y FULL LINE ni entre NORTEK y LIMATEL.

De acuerdo a ello, a continuación deberá determinarse:

- (i) Si NORTEK se interconectó irregularmente con FULL LINE a efectos de que ésta termine tráfico en la red de TELEFÓNICA sin seguir el procedimiento de negociación supervisada.
- (ii) Si, de ser el caso, mediante la conducta antes descrita, NORTEK y FULL LINE incurrieron en infracciones a las normas de interconexión.
- (iii) Si NORTEK se interconectó irregularmente con LIMATEL a efectos de que ésta termine tráfico en la red de TELEFÓNICA sin seguir el procedimiento de negociación supervisada.
- (iv) Si, de ser el caso, mediante la conducta antes descrita, NORTEK y LIMATEL incurrieron en infracciones a las normas de interconexión.

6.3.2 El procedimiento de negociación supervisada para el establecimiento de las relaciones de interconexión

Tal como se ha señalado, la interconexión es el conjunto de acuerdos y reglas que tienen por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por un operador puedan comunicarse con los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por otro operador.

En el mismo sentido, el Artículo 2° de la Decisión 462°, Normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina, considera que constituye interconexión todo enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de telecomunicaciones con objeto que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro operador de los que se contraigan compromisos específicos³⁰.

El concepto de interconexión incluye, como se aprecia, las distintas formas de transmisión de información entre la infraestructura en red de los operadores, independientemente del modo en que la información sea transmitida, es decir, ya sea a través de medios alámbricos o inalámbricos, utilizando interfaces o gateways³¹.

Conforme al artículo 4° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, la interconexión es de interés público y social y por lo tanto es obligatoria en los términos de dicho Texto Único y del ordenamiento legal aplicable.

En esta línea, tal como se desprende del artículo 43° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado un sistema por el cual el Estado a través de un organismo regulador autónomo y especializado, supervisa la negociación y los acuerdos relativos de la interconexión, en atención al interés público y a la obligatoriedad de la misma³². En este sentido, es el regulador

³⁰ En la Resolución N° 061-2001-CD/OSIPTEL se señaló que las normas comunitarias andinas resultan aplicables a la regulación peruana.

³¹ En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo Directivo de OSIPTEL a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2004-CD/OSIPTEL de fecha 29 de enero de 2004 emitida en el Expediente N° 00037-2003-GG/GPR/CI.

³² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS NORMAS DE INTERCONEXIÓN, ARTÍCULO 43°.**-El periodo de negociación para establecer los términos y condiciones de un contrato de interconexión no podrá ser superior a sesenta (60) días calendario. A partir de la fecha en que el operador que solicita la interconexión formule solicitud escrita para tal propósito al operador de la red o el servicio con el que intenta interconectarse, éste enviará al solicitante, dentro del plazo de siete (7) días calendario de recibida la solicitud, el requerimiento de información necesaria para la interconexión. Los interesados enviarán copias a

quien define los aspectos relacionados con los valores de los servicios de interconexión (cargos de acceso) y aquellos relacionados con aspectos jurídicos y técnicos de dichos procesos que pueden afectar al interés público.

El enfoque de negociación supervisada persigue que sobre la base de estas regulaciones se asegure que en la prestación del servicio de telecomunicaciones se cumpla con los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso, así como otorgar a las partes un espacio para negociar sus relaciones contractuales privadas. Sin embargo, al estar de por medio intereses de terceros operadores y de los usuarios de los servicios, los acuerdos de interconexión deben ser supervisados por OSIPTEL como requisito para su validez jurídica³³.

Por lo expuesto puede concluirse que si dos empresas se interconectan en los hechos empleando cualquier medio físico, virtual o cualquiera que sea la tecnología utilizada al margen del procedimiento de negociación supervisada establecido en las normas sobre interconexión, ello supone una contravención al artículo 43° del Texto Único de las Normas de Interconexión que afecta directamente al interés público y social de la interconexión.

Dicha infracción al artículo 43° del Texto Único de las Normas de Interconexión debe ser calificada como grave, conforme a lo establecido en el artículo 53° de dicho cuerpo normativo.

6.3.3 La supuesta interconexión irregular entre NORTEK y FULLINE

6.3.3.1 Los hechos acreditados

A. Acciones de supervisión de los días 11 al 18 de junio de 2003

Los días 11 al 18 de junio de 2003, la Gerencia de Fiscalización efectuó acciones de supervisión en las cuales verificó lo siguiente:

- (i) NORTEK tiene la interconexión con TELEFÓNICA suspendida por falta de pago por lo que con el fin de efectuar llamadas locales y de larga distancia con origen en Lima, utiliza su tarjeta pre-pago con Pin Number de NORTEK, marcando el código de acceso 080080068, asignado a FULL LINE por el MTC.
- (ii) Mediante tarjetas pre-pago de larga distancia de NORTEK se pueden cursar llamadas locales fijo-fijo y fijo-móvil mediante el código 080080068, para lo cual se antepone el 01 al número de destino³⁴.
- (iii) Como resultado de las pruebas realizadas, se pudieron completar las siguientes llamadas y se tomaron las siguientes trazas desde la central de TELEFÓNICA:

OSIPTEL de la correspondencia que se cursen entre ellos en aplicación de éste párrafo, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes. El plazo para la negociación se computa a partir de la fecha en la que la empresa solicita formalmente la interconexión. La solicitud de interconexión deberá señalar las redes o servicios que se encuentran involucrados en la interconexión y se anexará copia del título habilitante que permite al solicitante la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

³³ En atención a ello, el artículo 38° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión señala que sin perjuicio de la denominación que le den las partes, los acuerdos entre operadores a interconectarse que comprendan compromisos u obligaciones relacionadas con la interconexión misma, que posibiliten la comunicación entre los usuarios de ambas empresas o que establezcan cargos de interconexión, constituyen acuerdos de interconexión y deberán ser presentados a OSIPTEL a efectos de su evaluación y pronunciamiento.

³⁴ Dichas conclusiones se encuentran recogidas en el Informe N° 294-GFS/A-07/2003 del 18 de julio de 2003.

- Llamada larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa).
- Llamada local fijo fijo (Lima-Lima).
- Llamada local fijo móvil (Lima-Lima).
- Llamada larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa).

B. Llamadas de prueba de acceso realizadas a la plataforma pre-pago de larga distancia de FULL LINE el 8 de agosto de 2003

Posteriormente, en atención a un pedido de la Secretaría Técnica, el 8 de agosto de 2003, la Gerencia de Fiscalización efectuó llamadas de prueba de acceso realizadas a la plataforma pre-pago de larga distancia de FULL LINE.

Cabe señalar que en la referida acción de supervisión se realizaron llamadas desde el número fijo 224-2184 a la plataforma pre-pago de larga distancia de FULL LINE marcando el código 080080068, habiéndose verificado que todas presentaron un "tono de restricción" o *fast busy*, lo cual evidenció que el acceso a dicha empresa no se encontraba operativo. En consecuencia, no se pudo efectuar en tal ocasión la verificación del enrutamiento de la llamada vía FULL LINE, en tiempo real.

C. Acciones de supervisión realizadas en FULL LINE los días 8 y 11 de agosto de 2003³⁵.

También a pedido de la Secretaría Técnica, el 8 y 11 de agosto de 2003 un funcionario de la Gerencia de Fiscalización realizó acciones de supervisión en el local de FULL LINE. En dichas acciones de supervisión, se verificó lo siguiente:

- NORTEK tiene la interconexión con TELEFÓNICA suspendida por falta de pago por lo que con el fin de efectuar llamadas locales y de larga distancia con origen en Lima, utiliza su tarjeta pre-pago con Pin Number de NORTEK, marcando el código de acceso 080080068, asignado a FULL LINE por el MTC.
- Mediante tarjetas pre-pago de larga distancia de NORTEK se pueden cursar llamadas locales fijo-fijo y fijo-móvil, larga distancia fijo-fijo y larga distancia fijo-móvil, mediante el código 080080068 asignado a FULL LINE, para lo cual se antepone el 01 al número de destino.
- Conforme a lo declarado por un funcionario de FULL LINE, existiría un acuerdo o acuerdos comerciales en virtud de los cuales se cursó tráfico en el acceso y terminación de llamadas originadas en líneas fijas de TELEFÓNICA³⁶, marcando el código de acceso 080080068 e ingresando el Pin Number de las tarjetas pre-pago de NORTEK, tanto para llamadas locales así como para llamadas de larga distancia.
- De los CDR correspondientes al 11 y 18 de junio de 2003, marcando el código de acceso de FULL LINE se ha obtenido que las llamadas entraron a la red de FULL LINE a través del puerto 1 (correspondiente al grupo de troncales) y salieron por el puerto 24.

³⁵ Las conclusiones de dichas acciones de supervisión se encuentran contenidas en el Informe N° 348-A/GFS/7/2003 de fecha 11 de agosto de 2003.

³⁶ Cabe indicar que, en atención a un requerimiento formulado en dicha inspección realizada el 8 de agosto de 2003, el 12 de agosto de 2003, FULL LINE remitió a la Gerencia de Fiscalización copia de los acuerdos que mantendría con NORTEK. Los documentos enviados fueron los siguientes:

- (i) Contrato de uso de código para tarjetas prepago del servicio de llamadas de larga distancia suscrito el 2 de junio de 2003.
- (ii) Contrato de servicio de terminación en el Perú de llamadas de larga distancia internacional suscrito el 31 de mayo de 2003.

- No se ha podido determinar la continuación del enrutamiento de las llamadas realizadas el 11 y 18 de junio de 2003, debido a la falta de entrega de la información solicitada a FULL LINE³⁷, por lo cual no se cuenta con las trazas completas de las llamadas de prueba realizadas el 11 y 18 de junio de 2003, únicamente se cuenta con las trazas parciales tomadas por el funcionario de la Gerencia de Fiscalización realizadas en dicha fecha y con las declaraciones formuladas por el funcionario de FULL LINE.

6.3.3.2 Análisis del enrutamiento de las llamadas completadas en la acción de supervisión

A fin de determinar si existió alguna infracción a las normas de interconexión, es necesario analizar el enrutamiento de las llamadas que lograron completarse en cada uno de sus respectivos escenarios. Así se establecerá si es posible afirmar que existió interconexión entre FULL LINE y NORTEK habilitada al margen del procedimiento de negociación supervisada detallado en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, teniendo en consideración que de acuerdo a la información proporcionada por la Gerencia de Políticas Regulatorias, no existe contrato o mandato de interconexión entre las mencionadas empresas.

Sin embargo, no obran en el expediente las trazas íntegras de las llamadas, que permitan reconstruir con toda exactitud el enrutamiento que siguieron las llamadas materia del caso, toda vez que la toma de dichas trazas se hizo en las centrales de TELEFÓNICA. En atención a ello, el Cuerpo Colegiado se pronunciará sobre la base de la información disponible en el expediente obtenida en las acciones de supervisión, así como aquella información presentada por FULL LINE tanto a la Gerencia de Fiscalización como a esta instancia de resolución de controversias.

(i) Llamada larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa)

El acta de supervisión señala lo siguiente:

" desde el número 2413867 utilizando la tarjeta pre pago Larga Distancia de NORTEK con Pin Numbery código de acceso 080080068 asignado a Full Line por el MTC, marcando al número 054-454303, la llamada se completó. Dado que el teléfono de destino no contaba con display, no se observó el ANI en el teléfono de destino. Se registró la traza de la llamada de Lima en la cual se observa que el encaminamiento de la llamada de acceso es Central Miraflores-Tandem San Isidro-Full Line. En Arequipa se registró la traza, por comandos de central, en la que se observa que el encaminamiento de la llamada al destino es Nortek-Central Arequipa. (El resaltado es nuestro.)

La llamada de prueba fue realizada desde un abonado del servicio de telefonía local prestado por TELEFÓNICA mediante la utilización de la tarjeta pre-pago de larga distancia de NORTEK y el código de acceso de FULL LINE (080080068). Se verificó que en Lima la llamada fue encaminada desde la central *tandem* de TELEFÓNICA hacia la red de FULL LINE. En Arequipa, la llamada fue encaminada desde la red de NORTEK a la red de TELEFÓNICA en Arequipa.

De acuerdo a la traza de la llamada en Lima, se verificó que ésta ingresó a la red de FULL LINE y, conforme a la traza de la llamada de destino en Arequipa, NORTEK transportó dicha llamada desde su red hasta la central de TELEFÓNICA en Arequipa, es decir, hasta la red de dicha empresa.

³⁷ Tal como se aprecia del Informe N° 348-A/GFS/7/2003, pese al requerimiento efectuado por el funcionario de la Gerencia de Fiscalización, FULL LINE no cumplió con remitir:

- (i) El diagrama del enrutamiento detallado entre FULL LINE y NORTEK de las llamadas de prueba realizadas por la Gerencia de Fiscalización.
- (ii) Información detallada que verifique el enrutamiento de las llamadas a su destino final.

Conforme a lo informado por la Gerencia de Políticas Regulatorias³⁸, FULL LINE sólo había celebrado un contrato de interconexión con TELEFÓNICA para el transporte de llamadas de larga distancia, por lo que en el tramo de Lima a Arequipa no resulta probable que se haya interconectado con una tercera empresa y que ésta a su vez haya transportado la llamada hasta la red de NORTEK en Arequipa.

En este sentido, a partir de la traza mencionada, se puede concluir válidamente que FULL LINE transportó la llamada a la red de NORTEK en Arequipa, desde donde ésta última pudo completar la llamada en la red de TELEFÓNICA. En consecuencia, para que sea posible este enrutamiento, la red de FULL LINE tuvo que interconectarse con la red de NORTEK. Luego, NORTEK pudo completar la llamada a través de su interconexión con TELEFÓNICA en Arequipa, entonces todavía vigente.

En consecuencia, a partir de los medios probatorios que obran en el expediente, puede concluirse que en el escenario de la llamada de larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) se ha acreditado que existe una interconexión entre FULL LINE y NORTEK habilitada al margen del procedimiento de negociación supervisada establecido en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.

(ii) Llamada local fijo-fijo (Lima-Lima)

Conforme al acta de supervisión respectiva, se completó la llamada local fijo - fijo, de acuerdo a la siguiente traza:

" desde el número 2413867 utilizando la tarjeta pre pago Larga Distancia de NORTEK con Pin Numbery código de acceso 080080068 asignado a Full Line por el MTC, marcando como destino al número 01-2141375, de titularidad de Telefónica, la llamada se completó y se observó, en el teléfono de destino, el ANI 21919001 que pertenece a NORTEK. Se registraron las trazas de la llamada en la cual se observa que el encaminamiento de la llamada de acceso es Central Miraflores-Tandem San Isidro-Full Line y el de la llamada al destino es Full Line-Tandem San Isidro - Central Miraflores." (El resaltado es nuestro.)

Como se aprecia, la llamada de prueba fue realizada desde un abonado del servicio de telefonía local prestado por TELEFÓNICA mediante la utilización indebida de la tarjeta de larga distancia de NORTEK y el código de acceso de FULL LINE (080080068). Se verificó que esta llamada fue encaminada desde la central tandem de TELEFÓNICA hacia la red de FULL LINE. Posteriormente, fue transportada desde la red de FULL LINE nuevamente hacia la red de TELEFÓNICA, donde fue completada.

En consecuencia, debe descartarse que la llamada haya sido transportada a su destino final a través de la red de NORTEK.

En tal sentido, a partir de los medios probatorios que obran en el expediente, puede concluirse que no existe enrutamiento entre NORTEK y FULL LINE que acredite la existencia de alguna interconexión irregular habilitada al margen del procedimiento de negociación supervisada.

Cabe señalar que en este caso, al tratarse de tráfico local generado a partir de la utilización de la tarjeta prepago de NORTEK y originado en la red de TELEFÓNICA,

³⁸ Memorandum N° 292-GPR/2005 de fecha 26 de agosto de 2005.

toda utilización del mencionado tráfico debería contar con la autorización de la propia TELEFÓNICA³⁹.

(iii) Llamada local fijo-móvil (Lima-Lima)

El acta de supervisión señala lo siguiente:

" desde el número 2413867 utilizando la tarjeta pre pago Larga Distancia de NORTEK con Pin Numbery código de acceso 080080068 asignado a Full Line por el MTC, marcando como destino al número 01-99040861, la llamada se completó y se observó, en el teléfono de destino, el ANI 5623387595 (ANI de AT&T que pertenece a LDI entrante). Se registraron las trazas de la llamada en la cual se observa que el encaminamiento de la llamada de acceso es Central Miraflores-Tandem San Isidro-Full Line y el de la llamada al destino es AT&T-Tandem San Isidro – Central EMX (Telefónica Móviles). (El resaltado es nuestro.)

Como se aprecia, la llamada de prueba fue realizada desde un abonado del servicio de telefonía local prestado por TELEFÓNICA mediante la utilización indebida de la tarjeta de larga distancia de NORTEK y el código de acceso de FULL LINE (080080068). Se verificó que esta llamada fue encaminada desde la central tandem de TELEFÓNICA hacia la red de FULL LINE. Asimismo, esta llamada fue transportada por AT&T hacia la red de TSM, donde fue completada.

Como resulta claro, a partir de la traza, la llamada no fue transportada a su destino final a través de la red de NORTEK.

En este caso, a partir de los medios probatorios que obran en el expediente, puede concluirse que no existe enrutamiento entre NORTEK y FULL LINE que acredite la existencia de alguna interconexión irregular entre dichas empresas.

Cabe señalar que en este caso, al tratarse de tráfico terminado en la red móvil de TSM, es el operador titular de la red móvil de destino (TSM) quien fija la tarifa al usuario final, por lo cual toda utilización del mencionado tráfico debe contar con la autorización de TSM.

(iv) Llamada larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa)

El acta de supervisión señala lo siguiente:

" desde el número 2424764 utilizando la tarjeta pre pago LD de NORTEK con Pin Numbery código de acceso 080080068 asignado a Full Line por el MTC, marcando como destino al número 054-9697508, la llamada se completó y se observó, en el aparato, el ANI 5623387595 (el ANI entrante Internacional de AT&T). Se registró la traza de la llamada de Lima en la cual se observa que el encaminamiento de la llamada de acceso es Central Miraflores-Tandem San Isidro-Full Line y en Arequipa, se observa el encaminamiento AT&T-Central Cabecera Arequipa-Central Móvil de TM Arequipa."

³⁹ De acuerdo a las trazas, debe descartarse que las llamadas hayan sido transportadas a su destino final a través de la red de NORTEK ni tampoco de TELEFÓNICA.

Debe agregarse que no resulta posible que NORTEK haya transportado dichas llamadas, puesto que a la fecha de la acción de supervisión sólo estaba interconectada con TELEFÓNICA a través del punto de interconexión ubicado en Arequipa; siendo que, de acuerdo con la información proporcionada por la demandada a la Gerencia de Fiscalización, en la fecha en la cual se realizaron las llamadas materia de este procedimiento, dicho punto de interconexión estaba suspendido por falta de pago.

En efecto, en el procedimiento sancionador tramitado ante la Gerencia de Fiscalización, signado con el número de expediente 00229-A-2003-GG/A-07 iniciado por NORTEK solicitando la restitución de los servicios de interconexión en la modalidad de teléfonos públicos en la ciudad de Arequipa, con fecha 9 de junio de 2003 esta empresa señaló que la interconexión de larga distancia en Arequipa del servicio de larga distancia a través de teléfonos de abonados fue suspendida por TELEFÓNICA por falta de pago el 2 de junio de 2003; medida que se mantiene a la fecha.

Como se aprecia, la llamada de prueba fue realizada desde un abonado del servicio de telefonía local prestado por TELEFÓNICA mediante la utilización de la tarjeta de larga distancia de NORTEK y el código de acceso de FULL LINE (080080068). Se verificó que esta llamada fue encaminada desde la central tandem de TELEFÓNICA hacia la red de FULL LINE. Asimismo, esta llamada ha sido transportada por AT&T hacia la central cabecera de TELEFÓNICA en Arequipa hacia la red de TSM en Arequipa, donde fue completada.

Como resulta claro, las llamadas no han sido transportadas a su destino final a través de la red de NORTEK.

En tal sentido, a partir de los medios probatorios que obran en el expediente, puede concluirse que no existe enrutamiento entre NORTEK y FULL LINE que acredite la existencia de alguna interconexión irregular habilitada al margen del procedimiento de negociación supervisada.

En este caso, al tratarse de tráfico terminado en la red móvil de TSM, es el operador titular de la red móvil de destino (TSM) quien fija la tarifa al usuario final, por lo que toda utilización del mencionado tráfico debe contar con la autorización de TSM.

En sus alegatos TELEFÓNICA ha señalado que en el Informe Instructivo se había obviado analizar el escenario de larga distancia internacional a efectos de pronunciarse sobre la existencia de infracciones por parte de NORTEK y FULL LINE. Al respecto, debe indicarse que el escenario de llamadas internacionales no fue materia de la denuncia presentada por TELEFÓNICA, por lo cual no se encuentra dentro de los alcances del presente procedimiento. Por tanto, las alegaciones de TELEFÓNICA deben ser desestimadas.

6.3.3.3 Las presuntas infracciones a las normas de interconexión

FULL LINE ha señalado que mantenía con NORTEK una relación meramente comercial que no ha tenido por propósito transgredir el ordenamiento jurídico. En virtud de dicha relación comercial, FULL LINE indicó que se ha limitado a cursar tráfico de larga distancia internacional, culminando y generando llamadas en la red de telefonía fija local de TELEFÓNICA, para lo cual contaba con el respectivo Mandato de Interconexión con esta última empresa.

Para acreditar la referida relación comercial FULL LINE remitió al Cuerpo Colegiado copia de un contrato de servicio de terminación de llamadas de larga distancia internacional suscrito el 31 de mayo de 2003. De otro lado, ante la Gerencia de Fiscalización, FULL LINE también presentó copia del contrato de uso de código para tarjetas prepago del servicio de llamadas de larga distancia suscrito el 2 de junio de 2003.

En efecto, los contratos mencionados no se refieren a relaciones de interconexión, sino más bien a las relaciones comerciales de otra naturaleza, en un caso a servicio de terminación de llamadas de larga distancia internacional y en el otro a la cesión del uso del código para tarjetas prepago del servicio de llamadas de larga distancia.

El Cuerpo Colegiado considera que al margen de la denominación o contenido de dichos contratos en los cuales FULL LINE afirma sustentar el transporte de llamadas hacia la red de TELEFÓNICA, para comprobar la existencia de interconexión es necesario examinar el enrutamiento que siguieron las llamadas materia de las acciones de supervisión. Ello, considerando que más allá de la denominación que le

den las partes a dichos contratos, debe examinarse si en los hechos se habilitó una interconexión entre las redes de FULL LINE y NORTEK que ha permitido la terminación de estas llamadas. Por tanto, para determinar la existencia de infracciones, es necesario atender a las conclusiones que se advierten del análisis de las trazas.

De otro lado, FULL LINE ha expresado como argumento de defensa que el acto de competencia desleal debe ser doloso, lo cual no se cumple en el presente caso, pues no ha existido interconexión entre FULL LINE y NORTEK, sino un acuerdo comercial legítimo en función del cual FULL LINE ha prestado servicios a NORTEK en virtud de lo establecido en la ley.

Al respecto, debe desestimarse tal argumento porque las infracciones materia de investigación en el caso de FULL LINE no constituyen actos de competencia desleal, sino actos contrarios a las normas de interconexión.

Por lo expuesto, del análisis de las trazas, puede concluirse que en el escenario de la llamada de larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) se ha acreditado que existe una interconexión entre FULL LINE y NORTEK habilitada al margen del procedimiento de negociación supervisada establecido en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.

En consecuencia, tanto NORTEK como FULL LINE al haberse interconectado para cursar llamadas larga distancia fijo-fijo (Lima - Arequipa), no han cumplido con el procedimiento de negociación supervisada contemplado en el artículo 43° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión. Asimismo, conforme al artículo 53° del referido Texto Único, dicha conducta constituye infracción grave.

De otro lado, en los escenarios de llamada local fijo-fijo (Lima-Lima), llamada local fijo-móvil (Lima-Lima) y llamada larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa), el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que no existen elementos probatorios razonables para concluir que NORTEK interconectó su red de larga distancia con la red de FULL LINE, en la medida en que NORTEK no ha utilizado su red de larga distancia para el transporte de las llamadas materia de este expediente, por lo que debe descartarse que las conductas de NORTEK y FULL LINE constituyan infracciones a las normas de interconexión en los referidos escenarios.

En consecuencia, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que en estos casos no se han configurado las presuntas infracciones a las normas de interconexión materia del procedimiento.

Sin perjuicio de la conclusión antes señalada, en la medida que en el caso no se ha demostrado la existencia de una relación de interconexión entre NORTEK y los operadores a quienes le correspondería el tráfico transportado⁴⁰, la única alternativa para que NORTEK hubiese podido cursar llamadas de larga distancia a través de la red de dichos operadores, hubiera sido solicitar a los mismos la comercialización de su tráfico de larga distancia, suscribir el respectivo acuerdo de comercialización y habilitar para el efecto el uso de una plataforma prepago en la red correspondiente.

En tal supuesto, estos operadores deberían programar el número asignado a la tarjeta en su red, de tal forma que todas las llamadas utilizando las tarjetas prepago

⁴⁰ TELEFÓNICA en el caso del tráfico local fijo-fijo (Lima-Lima).

TSM en el caso del tráfico local fijo-móvil (Lima-Lima).

TSM en el caso del tráfico de larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa).

desde la red de TELEFÓNICA, fuesen encaminadas al referido número a través de la interconexión entre ambas empresas, para ser posteriormente terminadas en la red del operador utilizado por NORTEK.

Tal como se ha señalado previamente, dicho supuesto no se presentaba en este caso, toda vez que NORTEK cursó llamadas locales y de larga distancia sin contar con los acuerdos de comercialización respectivos.

A fin de proteger el interés público en el correcto funcionamiento de los servicios públicos de telecomunicaciones, a continuación se analizará si en los referidos casos la conducta de NORTEK pudiese ser contraria a las normas que rigen la comercialización de estos servicios.

6.3.3.4 La contravención a las normas de comercialización

En la misma línea de lo señalado por la Secretaría Técnica, el Cuerpo Colegiado considera que la conducta de NORTEK contraviene las normas de comercialización en la medida que no existe acuerdo de comercialización entre NORTEK y los operadores a quienes le pertenece el tráfico transportado, en los escenarios de llamada local fijo-fijo (Lima-Lima), llamada local fijo móvil (Lima-Lima) y llamada larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa)⁴¹.

Por lo tanto, el comportamiento de NORTEK resulta contrario a las normas de comercialización.

Sin embargo, como ya se ha señalado precedentemente al no encontrarse expresamente tipificado como infracción la realización de actividades de comercialización sin el respectivo acuerdo, no resulta posible sancionar a NORTEK puesto que ello podría constituir una contravención al principio de tipicidad que rige la potestad sancionadora de la administración pública.

6.3.4 La supuesta interconexión "informal" entre NORTEK y LIMATEL

6.3.4.1 Los hechos acreditados

A. Acciones de supervisión realizadas el 8 de julio de 2003

El día 8 de julio de 2003, la Gerencia de Fiscalización efectuó acciones de supervisión en las cuales verificó lo siguiente:

- i. NORTEK tiene la interconexión con TELEFÓNICA suspendida por falta de pago por lo que con el fin de efectuar llamadas locales y de larga distancia con origen en Lima, utiliza su tarjeta pre-pago con Pin Number de NORTEK, marcando el código de acceso 080080020 asignado a LIMATEL por el MTC.
- ii. Mediante tarjetas pre-pago de larga distancia de NORTEK, se puede cursar llamadas locales fijo-fijo, mediante el código 080080020, para lo cual se antepone 01 al número de destino⁴².
- iii. Como resultado de las pruebas realizadas, se pudieron completar las

⁴¹ En el Expediente obra un contrato de servicio de terminación en el Perú de llamadas de larga distancia internacional suscrito el 31 de mayo de 2003, el cual no constituye un acuerdo de comercialización. Asimismo, en el Expediente N° 00388-2003-GG-GFS/A-07 obra un contrato de uso de código para tarjetas prepago del servicio de llamadas de larga distancia suscrito el 2 de junio de 2003, que tampoco constituye un acuerdo de comercialización.

⁴² Dichas conclusiones se encuentran recogidas en el Informe N° 303-GFS/A-07/2003 del 23 de julio de 2003.

siguientes llamadas, terminadas en teléfonos de TELEFÓNICA:

- a. Llamada local fijo – fijo (Lima-Lima)
- b. Llamada larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa)
- c. Llamada larga distancia fijo-móvil(Lima-Arequipa)

B. Llamadas de prueba de acceso realizadas a la plataforma pre-pago de larga distancia de LIMATEL el 8 de agosto de 2003

Posteriormente, en atención a un pedido de la Secretaría Técnica, la Gerencia de Fiscalización efectuó llamadas de prueba de acceso realizadas a la plataforma pre-pago de larga distancia de LIMATEL el 8 de agosto de 2003.

Cabe señalar que en la referida inspección se realizaron llamadas desde el número fijo 224-2184 a la plataforma pre-pago de larga distancia de LIMATEL marcando el código 080080020, habiéndose verificado que todas presentaron un "tono de restricción" o *fast busy*, por lo que se evidenció que el acceso a dicha empresa no se encontraba operativo. En consecuencia, al igual que en el caso de FULL LINE, no se pudo efectuar en tal ocasión la verificación del enrutamiento de la llamada vía LIMATEL.

C. Acciones de supervisión realizadas en LIMATEL los días 8 y 11 de agosto de 2003⁴³.

También a pedido de la Secretaría Técnica, el 8 de agosto de 2003 un funcionario de la Gerencia de Fiscalización realizó una acción de supervisión en el local de LIMATEL tal como consta en el informe correspondiente a dicha inspección. Posteriormente, el 11 de agosto de 2003, se efectuó otra visita a LIMATEL a efectos de ampliar la información respecto de la acción de supervisión realizada el 8 de agosto de 2003.

A partir de las verificaciones realizadas por la Gerencia de Fiscalización, se tiene fundamentalmente que:

- NORTEK tiene la interconexión con TELEFÓNICA suspendida por falta de pago por lo que con el fin de efectuar llamadas locales y de larga distancia con origen en Lima, utiliza su tarjeta pre-pago con Pin Number de NORTEK, marcando el código de acceso 080080020, asignado a LIMATEL por el MTC.
- Mediante tarjetas pre-pago de larga distancia de NORTEK se pueden cursar llamadas locales fijo-fijo mediante el código 080080020 asignado a LIMATEL, para lo cual se antepone el 01 al número de destino; asimismo, se pueden cursar llamadas de larga distancia fijo-fijo y fijo-móvil.
- En la acción de supervisión del 8 de agosto de 2003, un representante de LIMATEL indicó que la primera semana de julio de 2003 visitó la empresa un representante de NORTEK para realizar prueba de compatibilidad entre las plataformas de LIMATEL y NORTEK, no concretándose oficialmente dichas tratativas y tampoco concretándose pruebas físicas oficiales⁴⁴.

⁴³ Las conclusiones de dichas acciones de supervisión se encuentran contenidas en el Informe N° 348-A/GFS/7/2003 de fecha 11 de agosto de 2003.

⁴⁴ En el Informe N° 348-A/GFS/7/2003, se señala lo siguiente:

"(...) el representante de Limatel manifestó (...) la primera semana de julio de 2003 aproximadamente (no recuerda la fecha exacta) tuvo la visita de representantes de la empresa Nortek con el fin de poder realizar pruebas de compatibilidad entre las plataformas de Limatel y Nortek, no concretándose oficialmente, tampoco se hicieron pruebas físicas oficiales. . Actualmente la persona que se encuentra a cargo de la

- De otro lado, en dicha acción de supervisión del 8 de julio, el representante de LIMATEL afirmó que a tal fecha no existía ningún tipo de acuerdo de enrutamiento de llamadas entrantes y salientes con NORTEK. En consecuencia, tampoco existía un enrutamiento físico y lógico con NORTEK.
- Del análisis de los CDR de las llamadas de prueba realizadas el 8 de julio de 2003, se ha obtenido que las llamadas han entrado a la red de LIMATEL a través de los puertos 1 y 3 del grupo de troncales y salen por el puerto 58 que está conectado a un equipo CISCO.
- En la acción de supervisión del 11 de agosto de 2003, un técnico de LIMATEL, señaló que en los primeros días de julio se realizaron pruebas de llamadas con NORTEK, por tres días consecutivos aproximadamente indicando haber realizado *"una conexión lógica directa local entre la salida del equipo CISCO de LIMATEL y el equivalente en el lado de Nortek, esto a través de una red IP"*.

6.3.4.2 Análisis del enrutamiento de las llamadas completadas

Al igual que en el caso de FULL LINE, no obran en el expediente las trazas íntegras de las llamadas, que permitan afirmar con toda exactitud el enrutamiento que siguieron las llamadas materia del caso, toda vez que la toma de dichas trazas se hizo en las centrales de TELEFÓNICA. En atención a ello, el Cuerpo Colegiado se pronunciará sobre la base de la información disponible en el expediente obtenida en las acciones de supervisión, así como aquella información presentada por LIMATEL tanto a la Gerencia de Fiscalización como a esta instancia de resolución de controversias.

(i) Llamada local fijo-fijo (Lima-Lima)

El acta de supervisión señala lo siguiente:

"desde el número 2426250 utilizando la tarjeta pre pago Larga Distancia de NORTEK con Pin Number...y código de acceso 080080020 asignado a Limatel por el MTC, marcando como destino al número 01-2141375, de titularidad de Telefónica, la llamada se completó y se observó, en el teléfono de destino, el ANI 5623387595 (ANI de AT&T que pertenece a LDI entrante). Se registraron las trazas de la llamada en la cual se observa que el encaminamiento de la llamada de acceso es Tandem San Isidro-Limatel y de la llamada al destino AT&T-Tandem San Isidro." El resaltado es nuestro.

Como se aprecia, la llamada de prueba fue realizada desde un abonado del servicio de telefonía local prestado por TELEFÓNICA mediante la utilización de la tarjeta de larga distancia de NORTEK y el código de acceso de LIMATEL (080080020). Se verificó que esta llamada fue encaminada desde la central tandem de TELEFÓNICA hacia la red de LIMATEL. La llamada de destino fue transportada por AT&T nuevamente hacia la red de TELEFÓNICA, donde la llamada fue completada.

(ii) Llamada larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa)

El acta de supervisión señala lo siguiente:

"desde el número 2426250 utilizando la tarjeta pre pago Larga Distancia de NORTEK con Pin Number ...y código de acceso 080080020 asignado a Limatel por el MTC, marcando como destino al número 054-96975608, la llamada se completó y se observó, en el teléfono de destino, el ANI 5623387595 (ANI de AT&T que

*operación de la plataforma es el señor Richard Che, el cual se encuentra en vacaciones y es la única persona que podría dar razón de los hechos presentados.
Limatel no descarta la posibilidad que personal de su empresa haya realizado acciones no autorizadas."*

pertenece a LDI entrante). Se registraron las trazas de la llamada en la cual se observa que el encaminamiento de la llamada de acceso es Tandem San Isidro-Limatel y de la llamada al destino AT&T Arequipa-Central Cabecera TdP Arequipa-Central Móvil Arequipa." El resaltado es nuestro.

Como se aprecia, la llamada de prueba fue realizada desde un abonado del servicio de telefonía local prestado por TELEFÓNICA mediante la utilización de la tarjeta de larga distancia de NORTEK y el código de acceso de LIMATEL (080080020). Se verificó que esta llamada fue encaminada desde la central *tandem* de TELEFÓNICA hacia la red de LIMATEL. Asimismo, la llamada de destino fue transportada por AT&T (Arequipa) hacia la central cabecera de TELEFÓNICA en Arequipa hacia la central de TSM en Arequipa, donde fue completada.

(iii) Llamada larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa)

Adicionalmente, también se logró completar una llamada de larga distancia fijo -fijo (Lima-Arequipa). Del anexo del acta de supervisión respectiva, se aprecia que dicha llamada fue efectuada desde el número 2426250 utilizando la tarjeta pre-pago larga Distancia de NORTEK y con código de acceso 080080020 asignado a LIMATEL por el MTC, marcando como número de destino 054-252232.

Sin embargo, la llamada se completó sin apreciarse ANI en el teléfono de destino ni tampoco la traza de la llamada.

Como se ha mencionado las referidas trazas registradas son incompletas, por lo cual en la acción de supervisión del día 11 de agosto de 2003 tuvo como objetivo recabar la mayor información posible para determinar cuál fue el enrutamiento de las llamadas completadas en julio de 2003.

Asimismo, tal como se ha referido líneas arriba, en la acción de supervisión del 11 de agosto de 2003, la Gerencia de Fiscalización afirmó que del análisis efectuado de los CDR de las llamadas de prueba realizadas el 8 de julio de 2003, marcando el código de acceso 080080020, se obtuvo que las llamadas entraron a la red de LIMATEL a través de los puertos 1 y 3 del grupo de troncales y que salieron por el puerto 58, los cuales se encuentran conectados a equipos CISCO de LIMATEL.

De acuerdo a lo señalado por un técnico de LIMATEL en la referida acción de supervisión, en la primera semana de julio de 2003 se realizaron pruebas de compatibilidad con NORTEK, mediante un equipo CISCO, habiéndose habilitado una conexión lógica local, a través de la red IP, con el fin de conectarse con NORTEK, progresando así las llamadas originadas desde las líneas de TELEFÓNICA. Ello en los siguientes términos:

" Al respecto, el señor Richard Che, manifestó que por esos días se realizaron pruebas de llamadas con la empresa NORTEK, por tres días consecutivos aproximadamente, indicando haber realizado una conexión lógica directa local entre la salida del equipo CISCO de Limatel y el equivalente en el lado de Nortek, esto a través de una red IP" (El resaltado es nuestro).

En el mismo sentido, en su escrito de descargos, LIMATEL afirmó que nunca se interconectó ni suscribió un contrato de interconexión con NORTEK, pero que autorizó la realización de pruebas técnicas que permitieron el enrutamiento de las llamadas en cuestión desde LIMATEL hacia NORTEK vía la red IP internacional, utilizando medios de transmisión y conmutación de Impsat y SAC Perú (Global

⁴⁵ Ello consta en el Informe N°348-A/GFS/7/20003 elaborado por la Gerencia de Fiscalización, el cual fue remitido a la Secretaría Técnica con fecha 13 agosto de 2003.

Crossing) a efectos de que NORTEK las enrute a su destino final mediante la empresa que estimase conveniente. Ello en los siguientes términos:

"nuestra empresa decidió seguir las conversaciones respecto del Contrato de Uso [Contrato de Uso de Código para Tarjetas Prepago], autorizando la realización de ciertas pruebas técnicas para verificar la factibilidad del proyecto. Dichas pruebas tuvieron una duración de 9 días y consistieron en que llamando al teléfono 0-800-8-0020 de LIMATEL, si bien la contestadora automática únicamente ofrecía tres opciones (...), el marcado de la opción 5 enrutaría la llamada hacia NORTEK por la red IP Internacional, utilizando los medios de transmisión y conmutación de Impsat y S.A.C. Perú (Global Crossing), a efectos de que Nortek la enrute a su vez al destino que dicha empresa estimase conveniente." (El resaltado es nuestro).

Por tanto, de acuerdo a la información recogida por la Gerencia de Fiscalización y a lo expresamente afirmado por LIMATEL, puede concluirse que existió un enlace entre la red de larga distancia de LIMATEL y la red de larga distancia de NORTEK que hizo posible que las llamadas generadas mediante el uso de la tarjeta prepago de NORTEK, llegasen a su destino final. En esa medida NORTEK y LIMATEL han utilizado sus redes de larga distancia para el transporte de las llamadas materia de este expediente.

En efecto, conforme a las trazas que fueron tomadas por la Gerencia de Fiscalización y a lo declarado por la propia LIMATEL, el encaminamiento de las llamadas de acceso se efectuó a través de la red de larga distancia de LIMATEL a la red IP internacional y de allí a la red de larga distancia de NORTEK, posteriormente una tercera red, AT&T, en Lima y en Arequipa, encaminó las llamadas a su destino final en las redes de TELEFÓNICA y TSM.

6.3.4.3 Las presuntas infracciones a las normas de interconexión

Por lo general, la interconexión supone la existencia de una interconexión física entre las redes de dos operadores a través de enlaces de interconexión. En virtud de la interconexión directa, las empresas se obligan a permitir la originación y terminación de tráfico desde y hacia sus respectivas redes, así como a pagar los respectivos cargos de interconexión.

De los medios probatorios que obran en el expediente se desprende que las llamadas se encaminaron desde la red de LIMATEL a la red de NORTEK, mediante la red IP internacional y a través de los medios de transmisión y conmutación de Impsat y SAC Perú. Una vez que la red de NORTEK recibía la llamada, la red de AT&T en Lima y en Arequipa (de acuerdo a las trazas tomadas por la Gerencia de Fiscalización), encaminaba las llamadas a su destino final en la red de TELEFÓNICA y TSM.

Como ya se ha referido, es indiferente la tecnología que se emplee en la transmisión de información entre la infraestructura en red de los operadores, independientemente del modo en que la información sea transmitida, es decir, ya sea a través de medios alámbricos o inalámbricos, utilizando interfaces o gateways. En este sentido, en el presente caso, la interconexión entre las redes de NORTEK y LIMATEL no se ha efectuado por medios físicos como es evidente del material probatorio recabado por la Gerencia de Fiscalización y de lo expresamente declarado por LIMATEL, sino a través de la red IP Internacional y mediante medios de transmisión y conmutación.

El Cuerpo Colegiado considera que tales hechos suponen la existencia en la práctica de una interconexión entre NORTEK y LIMATEL que hizo posible que las dos redes de larga distancia se enlacen a través de la Red IP Internacional. El efecto en la

práctica ha sido el mismo que aquél buscado a través de una interconexión física, es decir que los usuarios de las tarjetas prepago de NORTEK hayan podido, gracias a la red de larga distancia de LIMATEL, completar sus comunicaciones en la red de TELEFÓNICA en Lima, en la red de TELEFÓNICA en Arequipa y en la red móvil de TSM en Arequipa.

En su escrito de descargos, LIMATEL afirmó que nunca se interconectó ni suscribió un contrato de interconexión con NORTEK, pues entre dichas empresas sólo existieron tratativas respecto de un Contrato de Uso de Código para Tarjetas Prepago, el cual nunca se llegó a celebrar. En el marco de dichas tratativas, LIMATEL ha señalado que se realizaron pruebas técnicas para determinar la factibilidad del proyecto, las cuales tuvieron una duración de nueve días.

De acuerdo a LIMATEL, las pruebas técnicas consistieron en que llamando al teléfono 0-800-8-0020 de LIMATEL, el marcado de la opción 5 enrutaría la llamada hacia NORTEK por la red IP. Desde punto hacia delante, LIMATEL afirma desconocer la forma y el destino en que, NORTEK terminaba las llamadas.

Adicionalmente, LIMATEL ha señalado, que contraviniendo lo establecido por ambas empresas, NORTEK comunicó masivamente a sus clientes que a través del código 0-800-8-0020 podían acceder a la plataforma de dicha empresa.

En el presente caso, si bien no se ha acreditado la existencia indubitable de un contrato o acuerdo de interconexión que haya sido suscrito por las partes, existen determinadas situaciones que permiten concluir que no se trataba de simples pruebas de interconexión, sino de que en los hechos existía una interconexión entre las empresas, habilitada al margen del procedimiento de negociación supervisada. Tales hechos son los siguientes:

Las pruebas de compatibilidad propias de las relaciones de interconexión suelen realizarse una vez cerradas las negociaciones entre las partes y aprobado el contrato o mandato de interconexión respectivo. Dichas pruebas son de duración muy corta, no se establece el pago de una retribución especial en función al volumen de tráfico cursado pues su naturaleza es preparatoria y se limitan a comprobar la capacidad de comunicarse de ambos sistemas, de tal manera que se garantice la alta calidad de conexión y operación entre las redes. Asimismo, se comunica a OSIPTEL la realización de las pruebas⁴⁶.

En este caso, se trató de cuando menos –según lo afirmado por la propia LIMATEL– de 9 días durante los cuales se realizaron dichas supuestas pruebas sin que exista contrato o mandato que regule la interconexión, habiéndose establecido por ellas el pago de un monto en función del tráfico cursado (aproximadamente US\$ 21 000,00) y, también, conforme a lo señalado por la propia LIMATEL, estas pruebas no concluyeron al comprobarse la capacidad de comunicación de los sistemas de NORTEK y LIMATEL, ni siquiera al haberse detectado un volumen de tráfico considerable, sino que se suspendieron ante la falta de pago de NORTEK⁴⁷.

⁴⁶ Sobre el particular ver las disposiciones que sobre el tema de pruebas se encuentran en los contratos o mandatos de interconexión entre empresas operadoras.

⁴⁷ De acuerdo a los documentos presentados por la propia LIMATEL en el expediente, NORTEK pagó o reconoció adeudar a LIMATEL US\$ 20 860,00 por concepto de las referidas pruebas. Dichos documentos son los siguientes:

- Recibo NORTEK 01 de fecha 4 de julio de 2003, en el cual consta que NORTEK pago a favor de LIMATEL US\$ 5 000,00 como adelanto por los servicios prestados por LIMATEL, monto a ajustarse de acuerdo al tráfico según Acuerdo de Terminación.

De otro lado, el hecho de que LIMATEL no haya publicitado la posibilidad de que se completasen las llamadas, no lo exonera de su responsabilidad por haber autorizado a NORTEK a enrutar las llamadas.

Finalmente, LIMATEL ha afirmado desconocer la forma y el destino en que, NORTEK terminaba las llamadas. Sin perjuicio de dichas afirmaciones, debe destacarse que en el presente caso la infracción se ha configurado desde que LIMATEL y NORTEK enlazaron sus redes de larga distancia a través de la red IP Internacional y mediante medios de transmisión y conmutación, lo cual hizo posible que las llamadas generadas mediante el uso de la tarjeta prepago de NORTEK, llegasen a su destino final.

Por lo expuesto, el Cuerpo Colegiado estima que a partir de los medios probatorios que obran en el expediente consistentes en (i) las conclusiones del Informe de la Gerencia de Fiscalización; (ii) las trazas de las llamadas con las que se cuenta; y, (iii) los medios probatorios presentados por la propia LIMATEL, se concluye que existió una interconexión entre las redes de larga distancia de NORTEK y LIMATEL a través de la red IP Internacional y mediante medios de transmisión y conmutación, que hizo posible que las llamadas generadas mediante el uso de la tarjeta prepago de NORTEK, llegasen a su destino final en las redes de TELEFÓNICA en Lima y Arequipa y en la red móvil de TSM en Arequipa. En efecto, a través de dicha interconexión irregular, NORTEK y LIMATEL han utilizado sus redes de larga distancia para el transporte de las llamadas materia de este expediente.

En consecuencia, tanto NORTEK como LIMATEL al haberse interconectado para cursar llamadas local fijo – fijo (Lima-Lima), larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa), han infringido el procedimiento de negociación supervisada contemplado en el artículo 43° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión. Asimismo, conforme al artículo 53° del referido Texto Único, dicha conducta constituye infracción grave.

En la medida que en el presente caso, se ha acreditado la existencia de una interconexión habilitada al margen del procedimiento de negociación supervisada, es claro que no se ha empleado el mecanismo de comercialización para transportar las llamadas y, por tanto, no se han infringido las normas que regulan dicha actividad.

6.3.5 Conclusión

A. Interconexión irregular entre NORTEK y FULL LINE:

(i) Escenario de larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa)

- Recibo NORTEK 02 de fecha 8 de julio de 2003, en el cual consta que NORTEK pago a favor de LIMATEL US\$ 1 000,00 como adelanto por los servicios prestados por LIMATEL, monto a ajustarse de acuerdo al tráfico según Acuerdo de Terminación.
- Recibo NORTEK 03 de fecha 11 de julio de 2003, en el cual consta que NORTEK pago a favor de LIMATEL US\$ 1 000,00 como adelanto por los servicios prestados por LIMATEL, monto a ajustarse de acuerdo al tráfico según Acuerdo de Terminación.
- Reconocimiento de deuda de fecha 20 de agosto de 2003, en el cual consta que NORTEK reconoce deber a LIMATEL US\$ 13 600,00, deuda originada por el servicio de "pruebas de interconexión".

Cabe señalar que el referido acuerdo de terminación nunca fue presentado por LIMATEL, pese a los sucesivos requerimientos formulados por la Secretaría Técnica. LIMATEL ha presentado todos estos documentos para sustentar la realización de las supuestas pruebas en el marco de las cuales pudieron concretarse las llamadas local fijo – fijo (Lima-Lima), larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa).

- A partir de los medios probatorios que obran en el expediente, puede concluirse que en el escenario de la llamada de larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) se ha acreditado que existe una interconexión entre FULL LINE y NORTEK habilitada al margen del procedimiento de negociación supervisada establecido en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.
- En consecuencia, tanto NORTEK como FULL LINE al haberse interconectado al margen del procedimiento de negociación supervisada para cursar llamadas larga distancia fijo-fijo (Lima – Arequipa), han infringido el artículo 43° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión. Asimismo, conforme al artículo 53° del referido Texto Único, dicha conducta constituye infracción grave.

(ii) Escenarios local fijo-fijo (Lima-Lima), local fijo-móvil (Lima-Lima) y larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa)

- De otro lado, en los escenarios de llamada local fijo-fijo (Lima-Lima), llamada local fijo-móvil (Lima-Lima) y llamada larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa), el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que no existen elementos probatorios razonables para concluir que NORTEK interconectó su red de larga distancia con la red de FULL LINE, en la medida de que NORTEK no ha utilizado su red de larga distancia para el transporte de las llamadas materia de este expediente, por lo que debe descartarse que las conductas de NORTEK y FULL LINE constituyan infracciones a las normas de interconexión en los referidos escenarios.
- En los escenarios de llamada local fijo-fijo (Lima-Lima), llamada local fijo-móvil (Lima-Lima) y llamada larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa), la conducta de NORTEK contraviene las normas de comercialización en la medida que no existe un acuerdo de comercialización entre NORTEK y los operadores a quienes les corresponde el tráfico transportado. Por tanto, el comportamiento de NORTEK resulta contrario a las normas de comercialización, sin embargo, al no estar expresamente tipificada dicha conducta como infracción, no resulta posible sancionar a NORTEK.

B. Interconexión irregular entre NORTEK y LIMATEL:

- A partir de los medios probatorios que obran en el expediente, se concluye que existió una interconexión habilitada al margen del procedimiento de negociación supervisada establecido en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, entre las redes de larga distancia de NORTEK y LIMATEL a través de la red IP Internacional y mediante medios de transmisión y conmutación, que hizo posible que las llamadas generadas mediante la tarjeta pre-pago de NORTEK, llegasen a su destino final en las redes de TELEFÓNICA en Lima y Arequipa y en la red móvil de TSM en Arequipa.
- En consecuencia, tanto NORTEK como LIMATEL al haberse interconectado al margen del procedimiento de negociación supervisada para cursar llamadas local fijo – fijo (Lima-Lima), larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa), han infringido el artículo 43° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión. Asimismo, conforme al artículo 53° del referido Texto Único, dicha conducta constituye infracción grave.

6.4 Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas cometidos por NORTEK mediante la terminación de llamadas en TELEFÓNICA a través de terceros operadores.

6.4.1 Interconexión irregular entre NORTEK y FULL LINE

A. Escenario de larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa)

Debe indicarse que en el presente caso, NORTEK contaba con la concesión correspondiente para prestar los servicios de portador de larga distancia por lo que no era un agente impedido de competir en dicho mercado y el caso no constituye competencia prohibida.

En consecuencia, corresponde continuar el análisis de la ventaja significativa que habría obtenido NORTEK al haberse interconectado con FULL LINE en el escenario de la llamada de larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa), al margen del procedimiento de negociación supervisada. Ello puede evaluarse, por ejemplo, identificando si el referido incumplimiento ha permitido una reducción de costos que se hubiera utilizado para competir en mejores condiciones y posicionarse más adecuadamente en el mercado.

El interconectarse con FULL LINE en el escenario larga distancia fijo-fijo al margen del procedimiento de negociación supervisada, permitió a NORTEK continuar ofreciendo servicios a los usuarios de sus tarjetas prepago empleando un mecanismo ilegal para ello, hecho que por sí mismo constituye una infracción a las normas de interconexión y como tal es sancionado en la presente resolución⁴⁸. Sin embargo, de los medios probatorios que obran en el expediente no se acredita que la ventaja obtenida con la interconexión habilitada al margen del procedimiento de negociación supervisada haya resultado significativa, pues no otorgó a NORTEK una mejor posición competitiva en el mercado, considerando, adicionalmente, que meses después de verificados los hechos materia de la demanda, NORTEK dejó de operar⁴⁹.

Por tanto, la demanda presentada contra NORTEK resulta infundada por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas de interconexión.

B. Escenarios local fijo-fijo (Lima-Lima), local fijo-móvil (Lima-Lima) y larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa)

En la medida que se ha concluido que NORTEK no ha violado las normas sobre interconexión, no corresponde efectuar el análisis de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, en este extremo.

De otro lado, el Cuerpo Colegiado ha concluido que la conducta de NORTEK contraviene las normas de comercialización en la medida que no existen acuerdos de comercialización a efectos de comercializar tráfico local. Asimismo, se ha señalado que NORTEK, adicionalmente, había actuado como comercializador de tráfico local sin haberse inscrito en el Registro de Comercializadores a cargo del MTC, por lo que resulta conveniente remitir la parte pertinente del expediente para que de ser el caso establezca las medidas que correspondan.

Conforme a la información que consta en el registro de comercializadores (www.mtc.gob.pe), NORTEK no contaba con la inscripción respectiva en dicho

⁴⁸ Ello consta en la comunicación enviada por NORTEK a la Gerencia de Usuarios de OSIPTEL con fecha 16 de junio de 2003.

⁴⁹ En efecto, de acuerdo a lo informado por la Gerencia de Fiscalización, NORTEK no presentó información financiera desde 2003 en adelante. Finalmente, el MTC canceló la concesión de portador de NORTEK.

registro por lo cual se encuentra impedido de realizar actividades de comercialización de tráfico. En consecuencia, NORTEK era un agente impedido de competir en el mercado de comercialización de tráfico telefónico, por lo que el presente caso se encuentra en el campo de la competencia prohibida y la demanda formulada por TELEFÓNICA resulta improcedente en este extremo.

Sin perjuicio de ello, incluso si se considerase que el caso es un supuesto de competencia desleal por contravención a las normas de comercialización, tampoco se habría configurado el acto de competencia desleal, toda vez que no obran en el expediente medios probatorios que demuestren que la disminución en los costos o el acceso privilegiado de NORTEK al mercado debido a la vulneración a las referidas normas de comercialización, le hayan permitido competir en mejores condiciones y posicionarse más adecuadamente en el mercado.

Por tanto, la demanda resulta improcedente por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas de comercialización en este extremo.

6.4.2 Interconexión irregular entre NORTEK y LIMATEL

Debe indicarse que en el presente caso, NORTEK contaba con la concesión correspondiente para prestar los servicios de portador de larga distancia por lo que no era un agente impedido de competir en dicho mercado y el caso no constituye competencia prohibida.

En consecuencia, corresponde continuar el análisis de la ventaja significativa que habría obtenido NORTEK al haberse interconectado con LIMATEL, al margen del procedimiento de negociación supervisada. Ello puede evaluarse, por ejemplo, identificando si el referido incumplimiento habría permitido una reducción de costos que se hubiera utilizado para competir en mejores condiciones y posicionarse más adecuadamente en el mercado.

El interconectarse con LIMATEL en el escenario larga distancia fijo-fijo al margen del procedimiento de negociación supervisada, permitió a NORTEK continuar ofreciendo servicios a los usuarios de sus tarjetas prepago empleando un mecanismo ilegal para ello, hecho que por sí mismo constituye una infracción a las normas de interconexión y como tal es sancionado en la presente resolución. Sin embargo, de los medios probatorios que obran en el expediente no se acredita que la ventaja obtenida con la interconexión habilitada al margen del procedimiento de negociación supervisada haya resultado significativa, pues no otorgó a NORTEK una mejor posición competitiva en el mercado, considerando, adicionalmente, que meses después de verificados los hechos materia de la demanda, NORTEK dejó de operar.

Adicionalmente, debe considerarse que, además, la propia LIMATEL ha reconocido que el tráfico que cursó NORTEK empleando la interconexión irregular entre dichas empresas ascendió a casi US\$ 21 000,00, monto que no resulta significativo⁵⁰.

Por tanto, la demanda presentada contra NORTEK resulta infundada por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas de interconexión.

⁵⁰ De acuerdo a lo informado por la Gerencia de Fiscalización, encargada de la supervisión de los aportes a través del Memorando N° 609-GFS/2005 del 16 de setiembre de 2005, los ingresos brutos de NORTEK por el ejercicio 2002 ascendieron a S/. 7 161 090 soles, por lo que en promedio un mes de actividades le suponía ingresos brutos de S/. 596 757. Los US\$ 21 000,00 o su equivalente aproximadamente S/. 69 000,00 no resultan significativos respecto de los ingresos de NORTEK.

6.4.3 Conclusión

A. Interconexión irregular entre NORTEK y FULL LINE:

(i) Escenario de larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa)

La demanda presentada por TELEFÓNICA contra NORTEK resulta infundada por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas contemplado en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal en cuanto al escenario de larga distancia fijo-fijo, toda vez que no se ha acreditado que la ventaja obtenida por NORTEK mediante la infracción de las normas de interconexión haya resultado significativa.

(ii) Escenarios local fijo-fijo (Lima-Lima), local fijo-móvil (Lima-Lima) y larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa)

- En la medida que se ha concluido que NORTEK no ha violado las normas sobre interconexión en los referidos escenarios, no corresponde efectuar el análisis de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, en este extremo.
- En cuanto a la contravención a las normas de comercialización, debe indicarse que NORTEK no cuenta con la inscripción respectiva en el registro de comercializadores del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por lo cual se encuentra impedido de realizar actividades de comercialización. En consecuencia, la demanda resulta improcedente en este extremo por tratarse de un caso de competencia prohibida y no de competencia desleal.

B. Interconexión irregular entre NORTEK y LIMATEL:

La demanda presentada por TELEFÓNICA contra NORTEK resulta infundada por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas contemplado en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal en este extremo, toda vez que no se ha acreditado que la ventaja obtenida por NORTEK mediante la infracción de las normas de interconexión haya resultado significativa.

6.5 El incumplimiento en el pago de los cargos de interconexión como hecho sancionable

En su demanda, TELEFÓNICA ha señalado que NORTEK incumplió lo dispuesto en el Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTel al mantener deudas impagas por interconexión por cinco meses consecutivos o seis meses no consecutivos, lo cual constituye infracción muy grave al marco regulatorio y un acto de competencia desleal en la modalidad de infracción de normas.

Al respecto, TELEFÓNICA ha indicado que el Mandato de Interconexión N° 002-99-GG/OSIPTel señala expresamente que los incumplimientos de las obligaciones establecidas en él, deben ser penados a través de una sanción administrativa. En tal sentido, en opinión de TELEFÓNICA, el artículo 10° del Mandato regula un régimen especial de infracciones en el caso que alguna de las empresas interconectadas no cumpla con sus obligaciones de pago, disponiendo lo siguiente:

"La falta de pago de los montos o deudas pendientes de la interconexión por cinco (5) meses no consecutivos en el transcurso de un año constituye infracción muy grave."

A efectos de analizar esta cuestión en discusión, se procederá en primer lugar a

determinar si el incumplimiento de los pagos de los cargos de interconexión constituye una infracción sancionable de acuerdo a nuestro marco regulatorio. En segundo lugar, se procederá a determinar si tal supuesto constituye un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, conforme a la demanda de TELEFÓNICA.

Tal como ha sido señalado en anteriores pronunciamientos de los Cuerpos Colegiados⁵¹, existe una vía regulatoria prevista para enfrentar los problemas originados por el incumplimiento de pago de cargos de interconexión, la cual se encontraba prevista - en el momento en que ocurrieron los hechos materia del caso - por la Resolución N° 052-2000-CD/OSIPTEL, que establecía un proceso de suspensión de la interconexión por incumplimiento de pago, el cual podía iniciarse transcurridos quince (15) días hábiles desde la fecha de vencimiento de la factura correspondiente. Por ello, en la misma línea de lo señalado en el Informe Instructivo, el Cuerpo Colegiado considera que la conducta de NORTEK no implicaría la comisión de una infracción al marco regulatorio de telecomunicaciones.

Ahora bien, TELEFÓNICA ha indicado que el Mandato de Interconexión N° 002-99-GG/OSIPTEL contempla expresamente que la omisión en el pago de las deudas pendientes de la interconexión por cinco (5) meses no consecutivos en el transcurso de un año constituye infracción muy grave. En atención a ello, TELEFÓNICA aduce que el mandato referido establece un régimen especial de sanciones administrativas para los casos de incumplimientos de pago de las empresas interconectadas.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los actos administrativos son las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta⁵².

Los mandatos de interconexión son actos administrativos en virtud de los cuales OSIPTEL, a través de su Gerencia General, establece las condiciones técnicas, económicas, legales y operativas para interconectar las redes y servicios entre empresas operadoras.

Tal como se ha señalado en los acápites precedentes, la potestad sancionadora de todas las entidades de la Administración Pública se rige, entre otros principios, por el principio de legalidad que establece que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en las normas legales respectivas.

Al ser el Mandato un acto administrativo no constituye el instrumento jurídico idóneo para establecer una infracción administrativa. Admitir dicha posibilidad supondría contravenir el principio de legalidad establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

⁵¹ Este criterio ya ha sido adoptado por las instancias de solución de controversias en pronunciamientos previos. Al respecto, puede consultarse la Resolución N° 019-2003-CCO/OSIPTEL correspondiente a la controversia N° 003-2002, la Resolución N° 004-2004-CCO/OSIPTEL correspondiente a la controversia N° 016-2003-CCO-ST/IX y en la Resolución N° 013-2003-CCO/OSIPTEL.

⁵² **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, ARTÍCULO 1°.- Concepto de Acto Administrativo.-** Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

En consecuencia, de lo expuesto queda claro que no existe una norma legal que establezca que el incumplimiento de pago de cargos de interconexión constituye una infracción administrativa, pues la vía regulatoria prevista para dichos incumplimientos es el corte del servicio.

Conclusión

Por lo expuesto, queda claro que los incumplimientos de pago no constituyen un tema que pueda ser materia de imposición de una sanción prevista por el marco regulatorio de telecomunicaciones, tal como ha sido señalado en sendas resoluciones por los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL. En efecto, la vía regulatoria prevista para enfrentar los problemas originados del incumplimiento de pago de cargos de interconexión se encontraba prevista - en el momento en que ocurrieron los hechos materia del caso - por la Resolución N° 052-2000-CD/OSIPTEL, que establecía un proceso de suspensión de la interconexión por incumplimiento de pago.

En consecuencia, por lo expuesto, el Cuerpo Colegiado coincide con lo señalado en el Informe Instructivo en que la demanda planteada por TELEFÓNICA resulta improcedente en el extremo referido a que el incumplimiento en el pago de los cargos de interconexión constituya una infracción al marco regulatorio.

6.6 El incumplimiento del pago de montos debidos por interconexión como acto de competencia desleal en la modalidad de infracción de normas

Al haberse determinado que la demanda resulta improcedente en el extremo referido al incumplimiento en el pago de cargos de interconexión, toda vez que dicho supuesto no constituye una infracción al marco regulatorio de telecomunicaciones, resulta claro que no se han cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en dicho extremo.

En consecuencia, la demanda es improcedente en este extremo.

6.7 Los actos de denigración

6.7.1 Marco Conceptual

De conformidad con lo establecido por el artículo 11° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal establece que se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes⁵³.

Con relación a esta disposición, en los Lineamientos de Competencia Desleal en Telecomunicaciones se indica que la denigración es una conducta que afecta directamente al competidor, ya que está destinada a dañar la reputación ajena, difundiendo información que desmerece los bienes o alguna característica de la actividad de un tercero en el mercado. Además, también afecta directamente al consumidor o usuario, en tanto le produce una impresión falsa.

⁵³ LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, ARTÍCULO 11.- Actos de denigración: Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.
Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

Asimismo se señala que OSIPTEL considera que se produce un acto de denigración cuando se difunde de manera pública o privada o cuando existe amenaza de difusión de afirmaciones, verdaderas o falsas, que de acuerdo a las circunstancias de hecho sean capaces de menoscabar la reputación de un agente determinado, salvo que se trate de información verdadera, exacta y pertinente.

En este sentido, al momento de analizar si una conducta determinada constituye un acto de competencia desleal en la modalidad de denigración, se deberá evaluar:

- (i) si se ha producido la difusión de la información o existe la amenaza de que se difunda;
- (ii) la identificación del afectado por las afirmaciones difundidas; y,
- (iii) el contenido de las afirmaciones.

En relación con la difusión de la información, en los Lineamientos se señala que la difusión de la información denigratoria no requiere ser pública para que se configure el ilícito, siendo suficiente que la misma llegue a un consumidor. Respecto a la identificación del afectado, es necesario que las afirmaciones denigratorias se refieran a un agente determinado o determinable por los usuarios, para que su reputación pueda verse mellada por tales afirmaciones.

En cuanto al contenido de las afirmaciones, por lo general se trata de información falsa, pero incluso podría tratarse de información verdadera si es que por la situación de hecho en que se difunde es capaz de dañar la reputación ajena. No obstante, la conducta no es ilegal si la información, además de ser verdadera, es exacta, es decir que corresponda estrictamente a la realidad, y pertinente dentro del contexto en que fue propalada.

Finalmente, debe considerarse que en la competencia mercantil se genera una lucha entre las empresas competidoras por captar clientela de la que resultan vencedoras las empresas más eficientes; situación que genera un daño concurrencial legítimo y que, por lo tanto, no justifica la aplicación de una sanción⁵⁴. Por el contrario, en aquellos casos, en los que las frases e imágenes empleadas por las empresas que estén referidas a sus competidores excedan de lo que pueda considerarse como una actuación legítima en el mercado, OSIPTEL considerará las mismas como denigratorias e impondrá las sanciones correspondientes.

6.7.2 Aplicación al presente caso

De acuerdo a lo señalado por TELEFÓNICA en su demanda, los presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de denigración en los que habría incurrido NORTEK consistirían en la difusión, por parte de esta empresa, de un comunicado en el cual se le acusaba de haber suspendido arbitrariamente el servicio de interconexión prestado a la demandada. En opinión de TELEFÓNICA, el comunicado en cuestión presentaba un contenido inexacto y denigratorio, el mismo que afectaba la imagen de su empresa.

A continuación, se analizará si en el presente caso se han configurado los presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de denigración materia de este extremo de la demanda.

⁵⁴ En el numeral 2 de los Lineamientos se señala lo siguiente: "Cuando las empresas resultan perjudicadas al no lograr la preferencia de los clientes o la contratación de los medios de producción, se produce el denominado daño concurrencial. OSIPTEL considera que el daño concurrencial es producto del funcionamiento del propio mercado y que como tal es un daño ilícito."

6.7.2.1 La difusión de las afirmaciones cuestionadas

De los medios probatorios existentes en el expediente⁵⁵, así como de lo señalado por NORTEK en su contestación⁵⁶, está acreditado que en el mes de julio de 2003, esta empresa difundió un comunicado dirigido a sus clientes en el cual hacía referencia a la suspensión del servicio de interconexión realizado por TELEFÓNICA; informando acerca de las medidas adoptadas por ella para evitar que la decisión de la demandante perjudicase a sus clientes, así como de las alternativas que tenían estas personas para continuar cursando tráfico de larga distancia a través de las tarjetas prepago de su empresa.

Una vez que se ha comprobado la difusión del comunicado materia de este extremo de la demanda, corresponde analizar si el mismo contiene elementos que permitirían a sus destinatarios identificar al supuesto afectado con las afirmaciones contenidas en el mencionado documento.

6.7.2.2 La identificación del presunto afectado por la difusión de las afirmaciones cuestionadas

En el comunicado materia de este extremo de la demanda se señala lo siguiente:

"Nos permitimos dirigirnos a ustedes para informales que por decisión unilateral y contraria a la regulación, Telefónica del Perú S.A.A., ha cortado, a nivel nacional, el acceso de nuestras tarjetas prepago para llamadas de larga distancia desde todos los teléfonos fijos y públicos operador por dicha empresa. (...)

Agradeciéndoles una vez por su comprensión (sic), los saludamos y les reiteramos nuestro compromiso de seguir trabajando para brindarles un mejor servicio, pero sin claudicar de nuestros principios por exigencias de Telefónica del Perú S.A.A." (el subrayado es agregado)

De la lectura de las frases citadas en el párrafo precedente, el Cuerpo Colegiado considera que un consumidor razonable que realiza una evaluación del comunicado cuestionado por TELEFÓNICA puede concluir de modo indubitable que las afirmaciones contenidas en el mismo están referidas a la demandante y a las presuntas acciones ilegales que habría realizado esta empresa en perjuicio de NORTEK y de los consumidores que adquirieron las tarjetas de la demandada.

Por lo tanto, habiéndose acreditado la difusión de las afirmaciones presuntamente denigratorias, las mismas que están referidas a un competidor plenamente identificado, en este caso TELEFÓNICA, corresponde analizar si dichas afirmaciones son exactas, verdaderas y pertinentes en el contexto en el cual han sido difundidas.

6.7.2.3 La veracidad, exactitud y pertinencia de las afirmaciones cuestionadas

Al momento de analizar las afirmaciones cuestionadas por TELEFÓNICA, debe recordarse que, en anteriores pronunciamientos⁵⁷, OSIPTEL ha establecido que si bien es válido que un agente del mercado exprese su opinión acerca de las acciones que realicen sus competidores en el mercado - más aun cuando éstas pudieran afectar la normal prestación de sus servicios -, al momento de difundir este tipo de

⁵⁵ Ver anexo 1-O de la demanda presentada por TELEFÓNICA.

⁵⁶ En efecto, en su escrito de contestación, NORTEK ha reconocido que su empresa difundió el comunicado materia de este extremo de la demanda, expresando las razones por las cuales consideraba que debían desestimarse los argumentos expuestos por Telefónica en su demanda.

⁵⁷ A modo de ejemplo, pueden citarse las resoluciones N° 006-2003-CCO/OSIPTEL del 11 de diciembre de 2003 y N° 007-2004-TSC/OSIPTEL del 22 de marzo de 2004, emitidas por el Cuerpo Colegiado y el Tribunal de Solución de Controversias en el expediente N° 013-2004-CCO-ST/CD, seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Boga Comunicaciones S.A.

afirmaciones, debe tenerse el cuidado necesario para utilizar únicamente información verdadera, evitar emplear términos que pudieran generar en los destinatarios del mensaje una impresión distorsionada de la realidad y que, eventualmente, pudieran afectar el prestigio de otras empresas que concurren en el mismo mercado.

En el comunicado cuestionado por TELEFÓNICA, NORTEK utilizó las siguientes afirmaciones:

"Nos permitimos dirigimos a ustedes para informales que por decisión unilateral y contraria a la regulación, Telefónica del Perú S.A.A., ha cortado, a nivel nacional, el acceso de nuestras tarjetas prepago para llamadas de larga distancia desde todos los teléfonos fijos y públicos operados por dicha empresa.

Ante esta intempestiva y prepotente medida, no nos ha quedado mejor solución que, de un lado, asociarnos con otro operador para poder seguir ofreciendo el servicio de llamadas de larga distancia usando nuestras tarjetas en los diferentes regiones (sic), y del otro, denunciar esta flagrante violación de nuestro derecho ante OSIPTEL. (...)

Agradeciéndoles una vez por su comprensión (sic), los saludamos y les reiteramos nuestro compromiso de seguir trabajando para brindarles un mejor servicio, pero sin claudicar de nuestros principios por exigencias de Telefónica del Perú S.A.A." (el subrayado es agregado)

A fin de determinar la legalidad de las afirmaciones contenidas en la carta materia de este extremo de la demanda, corresponde analizar cual sería la interpretación que daría a las mismas un consumidor razonable.

El Cuerpo Colegiado considera que, luego de analizar las afirmaciones contenidas en la carta remitida por NORTEK a sus clientes, un consumidor razonable interpretaría que TELEFÓNICA ha actuado de manera arbitraria e ilegal al cortar el acceso de sus tarjetas prepago para las llamadas larga distancia desde todos los teléfonos fijos y públicos operados por NORTEK.

Dichas afirmaciones no fueron respaldadas por NORTEK con medios probatorios que corroboren su verdad y exactitud, como sería algún pronunciamiento de OSIPTEL sobre la ilicitud de tal conducta. En tal sentido, las referidas afirmaciones inducen a error a los usuarios sobre la legalidad de la actuación de TELEFÓNICA.

Adicionalmente estas afirmaciones resultan impertinentes, puesto que para informar a los usuarios de sus tarjetas prepago las razones por las cuales ya no podían seguir empleando dichas tarjetas para realizar llamadas desde los teléfonos fijos y públicos operados por TELEFÓNICA, no resultaba adecuado formular afirmaciones sobre la supuesta conducta contraria a la regulación de TELEFÓNICA, sin tener medios probatorios que las respaldasen.

De otro lado, el Cuerpo Colegiado considera que las afirmaciones contenidas en el comunicado materia de este extremo de la demanda son susceptibles de afectar el prestigio de la demandante al afirmar que dicha empresa había incurrido en actuaciones ilícitas.

Por las razones expuestas, el Cuerpo Colegiado concluye que NORTEK ha incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de denigración materia de este extremo de la demanda.

6.7.3 Conclusión

Las afirmaciones contenidas en la carta remitida por NORTEK a sus clientes respecto a la arbitrariedad e ilegalidad de la conducta de TELEFÓNICA consistente en cortar el acceso de las tarjetas prepago de NORTEK para las llamadas larga distancia desde todos los teléfonos fijos y públicos operados por TELEFÓNICA, no

resultan verdaderas, exactas ni pertinentes y adicionalmente son susceptibles de afectar el prestigio de la demandante al afirmar que dicha empresa había incurrido en actuaciones ilícitas.

Por estas razones, NORTEK ha incurrido en los presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de denigración imputados por TELEFÓNICA.

6.8 La violación al procedimiento de liquidación, facturación y pago

6.8.1 El procedimiento de liquidación, facturación y pago

El Procedimiento de Liquidación, Facturación y Pago aplicable a las relaciones de interconexión originadas mediante Mandato de Interconexión emitido por OSIPTEL, se encuentra regulado en las Normas de Interconexión. Dicho procedimiento incluye el registro del tráfico en los formatos respectivos, el intercambio de reportes, conciliación global y conciliación detallada. Tal procedimiento contiene previsiones para realizar la facturación y pago de las deudas por servicio de interconexión⁵⁸.

En este sentido, conforme al artículo 63° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, en el marco de su relación de interconexión, las empresas interconectadas registrarán los tráficos salientes y entrantes a su red.

De acuerdo con el artículo 64° de Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, las empresas interconectadas formularán sus respectivos reportes de tráfico con información mensual y diaria, resumida por tipo de tráfico, del número de llamadas entrantes y salientes de su red y de la duración de las mismas. Los reportes de tráfico mensual, que contendrán información resumida sobre el tipo de tráfico por cada servicio interconectado, se intercambiarán dentro de los veinte días calendario siguientes a la fecha de cierre del periodo de liquidación correspondiente. Tales reportes deben ser presentados en formatos establecidos en las Normas sobre Interconexión, los cuales pueden ser variados por acuerdos de las empresas y previa comunicación a OSIPTEL.

Dicho artículo 64° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión establece, adicionalmente, que si una de las partes no cumple con presentar sus reportes de tráfico dentro del plazo establecido o no presenta información sobre algún tipo de tráfico, se entenderá como válida la información correspondiente de la parte que sí la entregó dentro de dicho plazo.

Conforme al artículo 65° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión⁵⁹, dentro de los diez (10) días calendario posteriores al intercambio de

⁵⁸ La presente descripción del procedimiento de liquidación, facturación y pago se efectúa conforme a la normativa vigente al momento de los hechos materia del caso. Dichas normas se encontraban en la Resolución N° 052-2000-CD/OSIPTEL, las cuales fueron incorporadas al Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión sin modificación en cuanto a su contenido en lo referido a las normas pertinentes y aplicables al caso. Esto último, considerando el texto vigente a la fecha de presentación de la demanda.

⁵⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS NORMAS DE INTERCONEXIÓN, ARTÍCULO 65°.-** (...) dentro de los diez (10) días calendario posteriores al intercambio de los reportes de tráfico, a solicitud de cualquiera de las partes, éstas se reunirán para efectuar una conciliación global concluyendo dicha reunión con la elaboración y aprobación del acta de conciliación global (...) y en la cual deberán constar los tráficos conciliados y no conciliados.

Si dentro de la conciliación global, en los reportes de cada tipo de tráfico presentados por las partes existe una discrepancia menor o igual al uno por ciento (1%), dichos tráficos serán conciliados automáticamente, considerando como cifra conciliada definitiva el promedio de los tráficos presentados. Queda establecido que si una parte no asiste a la reunión programada para conciliar cifras (...), se tendrá por conciliada la cifra que más le favorezca a la parte que sí asistió. En ambos casos, dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la elaboración del acta de conciliación global, se procederá a emitir y pagar la factura respectiva.

los reportes de tráfico, a solicitud de cualquiera de las partes, éstas se reunirán para efectuar una conciliación global concluyendo dicha reunión con la elaboración y aprobación del acta de conciliación global en la cual deberán constar los tráficos conciliados y no conciliados.

Dicho artículo 65° dispone que si dentro de la conciliación global, en los reportes de cada tipo de tráfico presentados por las partes existe una discrepancia menor o igual al uno por ciento (1%), dichos tráficos serán conciliados automáticamente, considerando como cifra conciliada definitiva el promedio de los tráficos presentados. Asimismo señala que queda establecido que si una parte no asiste a la reunión programada para conciliar cifras, se tendrá por conciliada la cifra que más le favorezca a la parte que sí asistió. En ambos casos, dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la elaboración del acta de conciliación global, se procederá a emitir y pagar la factura respectiva.

Finalmente, conforme al artículo 66° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, en los casos en los que los reportes de tráfico globales presentados por las empresas interconectadas arrojen una discrepancia superior al uno por ciento (1%), las partes aplicarán el procedimiento de conciliación detallada.

Conforme al artículo 69° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, en cada oportunidad en que los representantes de las empresas interconectadas efectúen reuniones de conciliación, deberán suscribir un documento en el cual dejarán constancia de los acuerdos adoptados. En los casos en que las partes hayan llegado a un Acuerdo de Conciliación definitivo (global o detallada), y se haya recogido dicho acuerdo en el Acta respectiva, no procederán reclamos sobre los tráficos conciliados expresamente contenidos en dicha Acta.

Como puede advertirse a partir del análisis de las normas que regulan el procedimiento de liquidación, facturación y pago, no existe una consecuencia jurídica aplicable a los supuestos en los cuales una empresa operadora se niega a suscribir las actas de conciliación. Ello, en la medida que el Procedimiento sólo ha previsto consecuencias jurídicas para la falta de presentación de información sobre algún tipo de tráfico en los reportes respectivos y para la inasistencia a las reuniones debidamente convocadas.

6.8.2 Los hechos acreditados

Mediante escritos presentados por TELEFÓNICA con fechas 21 de agosto, 1 y 11 de setiembre de 2003, solicitó al Cuerpo Colegiado encargado de la solución de la presente controversia, una medida cautelar de innovar consistente en que se ordene a NORTEK la suscripción de las actas de conciliación de tráfico correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2003.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado dejó establecido mediante la Resolución N° 002-2003-MC1-CCO/OSIPTEL de fecha 2 de octubre de 2003, que había quedado acreditado lo siguiente:

- NORTEK se habría negado injustificadamente a suscribir las actas de conciliación de

Si los reportes de cada tipo de tráfico presentados por las empresas interconectadas tienen una discrepancia mayor al uno por ciento (1%), el operador correspondiente (quien percibe los ingresos) emitirá una factura para un pago provisional por el ochenta por ciento (80%) del promedio simple de los tráficos presentados por los operadores. Dicha factura para el pago provisional deberá ser emitida y pagada dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la fecha de elaboración del acta de conciliación global.

tráfico, imposibilitando con esa conducta que se continúe con el Procedimiento de Liquidación, Facturación y Pago, e impidiendo a TELEFÓNICA proceder a la facturación y al cobro de la deuda respectiva.

- De acuerdo a lo expresamente declarado por NORTEK en las actas de reunión respectivas y en el acta notarial que obran en el expediente, dicha empresa habría aducido que su negativa a suscribir las actas de conciliación respectivas se sustentaría en una supuesta discordancia sobre el tráfico entrante a través de la plataforma prepago que resultaba liquidable.
- Hasta noviembre de 2002, NORTEK habría presentado sus reportes de tráfico y procedido a suscribir las actas de conciliación correspondientes conforme a los formatos pactados entre las empresas, indicando el número de llamadas, los minutos redondeados y los minutos reales, conforme a lo señalado en el Mandato de Interconexión N° 002-99-GG/OSIPTEL que regula la relación de interconexión entre las redes de TELEFÓNICA y NORTEK⁶⁰. Ello, sin expresar objeción o discrepancia alguna con el sistema acordado para registrar los distintos tipos de tráfico⁶¹.
- Recién a partir de diciembre de 2002 y sin que medie ninguna situación nueva, NORTEK unilateralmente, habría variado el formato acordado entre las partes para presentar la información sobre los tráficos negándose a suscribir las actas de conciliación, argumentando la existencia de discrepancias sobre el tráfico que debía considerarse liquidable.

Teniendo en consideración lo detallado anteriormente, el Cuerpo Colegiado -tal como se señaló en la sección Antecedentes del Informe Instructivo - mediante Resolución N° 002-2003-MC1-CCO/OSIPTEL⁶², concedió a favor de TELEFÓNICA la medida cautelar solicitada, modificándola en el sentido de que dicha empresa proceda a emitir las facturas correspondientes a los meses de enero a junio del año 2003 por los tráficos correspondientes a Lima; y, por los meses de mayo y junio del año 2003 correspondientes a Arequipa por concepto de servicio de interconexión prestado a NORTEK sobre la base de la información contenida en los reportes de tráficos de

⁶⁰ El numeral 12 "Tasación" del Anexo 1.A. del MANDATO establece lo siguiente:

"De acuerdo con las especificaciones técnicas de la señalización N° 7-SS7- (Especificación EG s.3.003, Ed.4ta), una llamada se empieza a tasar en cualquier red que use dicha señalización una vez recibida la señal de respuesta, en este caso, es el mensaje de respuesta ANM (o RST), o el mensaje de conexión CON (o COX), con estos mensajes (AMN o CON) la central de origen inicia el proceso de tarificación.

Se detendrá el proceso de tarificación en la Central que controla y tarifica la llamada cuando ésta envíe o reciba el mensaje de liberación REL (o LIB). (...)" (Resaltado agregado).

Es decir, de acuerdo con lo establecido en el MANDATO, la llamada se empezará a tasar para efectos de la aplicación de los cargos de interconexión, cuando se reciba la señal de respuesta ANM (o RST) o el mensaje de conexión CON (o COX).

En la medida que el objetivo de la tasación en el contexto de la interconexión es determinar la duración de la llamada para efectos del cobro de los cargos correspondientes, establecer el momento en que debe iniciarse dicha tasación implica determinar el momento en que la llamada se entiende completada.

En consecuencia, de lo establecido en el MANDATO se concluye que las llamadas se entienden completadas en el momento en el que la central de origen recibe la señal de respuesta ANM (o RST) o el mensaje de conexión CON (o COX) enviado por la central de NORTEK.

⁶¹ Los formatos de reporte de tráfico contienen el detalle de llamadas, minutos redondeados y minutos reales correspondientes a ocho tipos de tráfico (escenarios): (a) originación con destino fijo, con destino móvil y con destino internacional; (b) terminación en red de TELEFÓNICA fijo local; (c) tránsito con destino móvil local y con destino AT&T fijo; (d) transporte con destino fijo en otra localidad, con destino móvil en otra localidad; (e) originación teléfonos fijos local con destino plataforma prepago; (f) originación teléfonos públicos local con destino plataforma prepago; (g) originación teléfonos fijos larga distancia nacional con destino plataforma prepago; y, (h) originación teléfonos públicos larga distancia nacional con destino plataforma prepago.

⁶² Dicho pronunciamiento fue confirmado por el Tribunal de Solución de Controversias mediante Resolución N° 036-2003-TSC/OSIPTEL.

TELEFÓNICA⁶³. Ello, toda vez que estimó que la conducta de NORTEK impedía la continuación del procedimiento de liquidación, facturación y pago, causando -por consiguiente - perjuicios a TELEFÓNICA.

En efecto, de la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente y, en la misma línea de lo expresado en la resolución que concedió la medida cautelar, el Cuerpo Colegiado considera que la supuesta discrepancia de NORTEK respecto a cómo debe efectuarse el computo de los tráficos que ingresan a la plataforma prepago, no puede constituir causal que interrumpa la continuación o impida llevar adelante el procedimiento de liquidación, facturación y pago.

Adicionalmente, debe precisarse que si bien el Procedimiento de Liquidación, Facturación y Pago no contempla una consecuencia jurídica para los casos en que exista una negativa por parte de una empresa operadora a suscribir las actas de conciliación, éste sí contempla consecuencias jurídicas en dos casos puntuales: (a) en el caso del artículo 64° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, si una de las partes no cumple con presentar sus reportes de tráfico dentro del plazo establecido o no presenta información sobre algún tipo de tráfico, se entenderá como válida la información correspondiente de la parte que sí la entregó dentro de dicho plazo; y, (b) en el caso del artículo 65° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, si una parte no asiste a la reunión programada para conciliar cifras, se tendrá por conciliada la cifra que más le favorezca a la parte que sí asistió y, en consecuencia, se procederá a emitir y pagar la factura respectiva.

Por tanto, resulta evidente que la finalidad de dichas normas es evitar que por el acto propio de una de las partes, como es el caso de la negativa injustificada de NORTEK a suscribir las actas de conciliación, impida que la empresa que debe percibir los ingresos vea frustrado su legítimo derecho de cobro de sus acreencias.

6.8.3 Actos de competencia desleal en la modalidad de violación a la cláusula general

6.8.3.1 Marco Conceptual

El artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal establece como ilícita y prohibida toda conducta contraria a la buena fe comercial, al normal

⁶³ De la información presentada por TELEFÓNICA se aprecia que en el caso se dieron dos tipos de situaciones, en ambos casos el Cuerpo Colegiado ordenó la medida cautelar:

(a) NORTEK no habría presentado información sobre algún tipo de tráfico y se habría negado a suscribir las actas de conciliación: Es el caso de:

- (i) los tráficos correspondientes a Lima por originación de teléfonos fijos a 0800 larga distancia nacional con destino plataforma prepago y originación de teléfonos públicos a 0800 larga distancia nacional con destino plataforma prepago correspondientes a Lima por el mes de abril de 2003; y
- (ii) los tráficos correspondientes a Lima y Arequipa por originación teléfonos fijos local con destino plataforma prepago, originación teléfonos públicos local con destino plataforma prepago, originación teléfonos fijos larga distancia nacional con destino plataforma prepago; y, originación teléfonos públicos larga distancia nacional con destino plataforma prepago; todos ellos por el mes de mayo de 2003.

(b) NORTEK habría presentado información completa respecto de los tráficos y se habría negado a suscribir las actas de conciliación⁶³: Es el caso de:

- (i) Todos los tipos de tráfico de Lima correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo de 2003.
- (ii) Los tráficos de Lima correspondientes al mes de abril de 2003 por originación con destino fijo, con destino móvil y con destino internacional; terminación en red de TELEFÓNICA fijo local; tránsito con destino móvil local y con destino AT&T fijo; transporte con destino fijo en otra localidad, con destino móvil en otra localidad; originación teléfonos fijos local con destino plataforma prepago; y, originación teléfonos públicos local con destino plataforma prepago.
- (iii) Los tráficos de Lima y Arequipa por el mes de mayo de 2003 por originación con destino fijo, con destino móvil y con destino internacional; terminación en red de TELEFÓNICA fijo local; tránsito con destino móvil local y con destino AT&T fijo; y, transporte con destino fijo en otra localidad, con destino móvil en otra localidad.
- (iv) Todos los tipos de tráfico de Lima y Arequipa correspondientes al mes de junio de 2003.

desenvolvimiento de las actividades económicas y a las normas de corrección que deben seguir los agentes del mercado⁶⁴, definiendo así, de modo amplio y general, aquellas conductas que constituyen actos de competencia desleal, al tratarse de una norma prohibitiva que permite incluir los supuestos que – no hallándose previstos específicamente por dicha ley- calificarían como comportamientos incorrectos y anticompetitivos.

Cabe señalar que la competencia desleal se presenta en aquellos casos en que, reconociéndose el derecho de los sujetos a realizar determinada actividad económica, uno de los competidores infringe los deberes mínimos de corrección que rigen las actividades económicas, con el fin de atraer clientela en perjuicio de los demás; por lo que la competencia desleal no sanciona con la licitud el hecho de causar daños a otros como consecuencia de la actividad concurrencial, sino el hecho de haberlos causado en forma indebida⁶⁵.

Así, de acuerdo con la doctrina, al establecerse presupuestos generales que configuran una conducta desleal y, por consiguiente ilícita y prohibida, se da sentido a una cláusula general que responde a la necesidad de imponer a todos los participantes en el mercado una corrección mínima en su forma de actuar⁶⁶. En tal sentido, dicha cláusula general entraña supuestos no específicamente tipificados en la ley, sea por su carácter extraño o marginal, o bien por la evolución de las prácticas comerciales que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos⁶⁷.

En la misma línea de lo señalado precedentemente, los Lineamientos de Competencia Desleal en Telecomunicaciones, establecen que este tipo de prohibiciones genéricas, basadas en conceptos jurídicos indeterminados, puede resultar de utilidad en el ámbito de las telecomunicaciones, debido a la necesidad de hacer frente a la rápida modificación de las condiciones de comercio y a la aparición de servicios cada vez más técnicos, ya que tales elementos pueden propiciar comportamientos desleales de diversa naturaleza.

Asimismo, los referidos Lineamientos indican que OSIPTEL sólo aplicará las prohibiciones genéricas con carácter residual, ante la inexistencia de un supuesto prohibido expresamente que sea aplicable a la práctica controvertida.

6.8.3.2 Aplicación al presente caso

De acuerdo a lo señalado por TELEFÓNICA, los presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general en los que habría incurrido NORTEK consistirían en una negativa sistemática e injustificada a continuar con los procedimientos de liquidación, facturación y pago -aprobados por OSIPTEL y

⁶⁴ LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, 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.

⁶⁵ KRESALJA, Baldo. "Comentarios al Decreto Ley N° 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal". En: Derecho, Revista editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 47, 1993, pg. 22

⁶⁶ Al respecto, es preciso destacar lo señalado por Bercovitz, "(...) por la propia tipificación que el legislador hace de supuestos concretos de competencia desleal, cabe deducir criterios de carácter general, que exceden de los casos tipificados, pero sirven para conocer los criterios generales sobre los que el legislador entiende como desleal, criterios que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la cláusula general. Así esta permitirá considerar como desleales conductas que no son plenamente subsumibles en los casos concretos tipificados, pero en las que se manifiestan los elementos fundamentales de la tipificación legal (...)". BERCOVITZ, Alberto. "Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal". En: La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991, Boletín Oficial del Estado, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pg. 29.

⁶⁷ KRESALJA, Baldo. "Comentarios al Decreto Ley N° 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal". En: Derecho, Revista editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 47, 1993, pg. 35.

vigentes en el tiempo en que ocurrieron los hechos-, al haberse negado a suscribir las actas de conciliación de tráfico cursado entre ambas empresas e impidiendo que TELEFÓNICA emita las facturas correspondientes⁶⁸.

De acuerdo con lo expuesto líneas arriba, el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal establece que es ilícita y prohibida toda conducta contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y a las normas de corrección que deben seguir los agentes del mercado. Lo cual implica -tal y como se desarrolla en el acápite anterior- que dicha cláusula contempla supuestos no específicamente tipificados en la ley, pero que por la evolución y naturaleza de las prácticas comerciales en determinados sectores del mercado, da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos o contrarios a la buena fe.

Ahora bien, teniendo en consideración que si bien el Procedimiento de Liquidación, Facturación y Pago no contempla una consecuencia jurídica para los casos en que exista una negativa por parte de una empresa operadora a suscribir las actas de conciliación se colige perfectamente que la finalidad de dichas normas es evitar efectivamente que por el acto propio de una de las partes se impida la culminación del referido procedimiento, conforme a lo expuesto en párrafos precedentes.

En tal sentido, al haber quedado acreditado que la actuación de NORTEK, consistente en la negativa injustificada a suscribir las actas de conciliación de tráfico dentro del referido procedimiento contraviene la naturaleza y finalidad del mismo, se puede concluir que tales actos atentan contra la buena fe comercial e impiden el normal desenvolvimiento de dicho procedimiento, ya que los mismos están encaminados a impedir que TELEFÓNICA emita las facturas correspondientes para hacerse cobro de sus acreencias por los servicios de interconexión prestados a la demandada.

En consecuencia, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que la negativa injustificada de NORTEK a suscribir las actas de conciliación de tráfico constituye una infracción a la cláusula general contenida en el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

VII. CUESTIÓN PROCESAL

TELEFÓNICA ha señalado que el Cuerpo Colegiado debió requerir mayores actuaciones procesales a efectos de probar la existencia de infracciones a las normas de interconexión por parte de LIMATEL y FULL LINE.

Contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA, el Cuerpo Colegiado admitió y actuó todos los medios que consideró pertinentes para acreditar los hechos materia del expediente y sustentar su decisión, teniendo en consideración los hechos y las circunstancias del caso.

Conforme a lo establecido por los principios de oficialidad y verdad material contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, la administración se encuentra obligada a desplegar un comportamiento probatorio destinado a esclarecer los hechos sometidos a su consideración, los cuales una vez constatados servirán de fundamento para su resolución.

Para determinar cuáles son las actuaciones probatorias que deben ser ordenadas de

⁶⁸ Al respecto ver los acápites 4.2. Violación del procedimiento de liquidación, facturación y pago; 4.2.1 Posición de TELEFÓNICA; y, 4.2.2. Posición de NORTEK, del presente informe. Ver escritos presentados por TELEFÓNICA con fechas 24 de julio y 21 de agosto de 2003, escritos de demanda y ampliación de demanda, respectivamente.

oficio por los Cuerpos Colegiados, debe atenderse a la finalidad de los medios probatorios. Conforme al artículo 188° del Código Procesal Civil, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. En consecuencia, los medios probatorios cuya actuación debe ser ordenada por los Cuerpos Colegiados son aquellos que se destinen a verificar los hechos materia del caso, generar certeza sobre los puntos controvertidos y fundamentar su decisión final⁶⁹.

En este orden de ideas, debe entenderse que el deber de oficialidad y de búsqueda de la verdad material de la administración comprende la actuación de todos los medios probatorios que guarden relación con el fondo del asunto, sean procedentes y necesarios, - es decir- sean de utilidad por su aptitud para contribuir a la concreta acreditación del hecho⁷⁰.

En consecuencia, en el caso concreto, se ha cumplido con los deberes en materia probatoria, pues en el expediente existen los medios probatorios suficientes y necesarios que sustentan debidamente la decisión del Cuerpo Colegiado.

Cabe resaltar que en el expediente obran tres acciones de supervisión para acreditar la existencia de los hechos materia del expediente. La primera de ellas fue solicitada por la propia TELEFÓNICA, las otras acciones de supervisión se realizaron por encargo expreso de la Secretaría Técnica, antes de la admisión de la demanda formulada por TELEFÓNICA, a efectos de recabar medios probatorios mediante inspecciones a las empresas involucradas en los hechos materia del caso. Es sobre la base de dicho material probatorio que el Cuerpo Colegiado ha llegado a las conclusiones expuestas en la presente resolución.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA sobre este punto.

VIII. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

8.1 Marco Legal

8.1.1 Marco Legal aplicable a las sanciones por infracciones a las normas del sector telecomunicaciones

La facultad de OSIPTEL para imponer sanciones en el sector de los servicios públicos de las telecomunicaciones se encuentra establecida en el artículo 24° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de OSIPTEL⁷¹.

⁶⁹ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL, ARTÍCULO 188°.- Finalidad.-** Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

⁷⁰ En esta misma línea de pensamiento consistente en que dentro de los procedimientos administrativos deben actuarse los medios probatorios útiles para el esclarecimiento de los hechos, se encuentra el artículo 163.1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Dicho artículo señala además que la administración podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 163°.- Actuación Probatoria.-

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o por la naturaleza del procedimiento o exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

⁷¹ **LEY N° 27336.- ARTÍCULO 24°.- Facultad sancionadora y de tipificación**

El Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 048-2001-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Infracciones) establece el régimen de infracciones y sanciones aplicable por OSIPTEL en ejercicio de su potestad sancionadora.

De acuerdo con ello, y conforme a la escala de multas establecida en el artículo 3° del Reglamento de Infracciones, a las infracciones graves les correspondería la aplicación de una multa de entre 51 y 150 unidades impositivas tributarias (en adelante, UIT)⁷².

Asimismo, el referido artículo establece una limitación objetiva para la aplicación de las multas, señalando que la multa no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor en el ejercicio anterior al de la comisión de la infracción⁷³.

Conforme con lo indicado, es posible colegir que cada una de las multas que se impongan a NORTEK, FULL LINE y LIMATEL por infracciones a las normas de interconexión no podrán ser superiores al 10% de sus ingresos brutos del ejercicio 2002 (S/. 716 109,00, S/. 186 107,00 y S/. 573 856,9 respectivamente)⁷⁴ ni a 150 UIT, equivalente a S/. 495 000,00. En consecuencia, cada una de las multas a imponer a NORTEK deberá fijarse entre 51 a 150 UIT; la multa a imponer a FULL LINE deberá fijarse entre 51 UIT y el 10% de sus ingresos (es decir, S/. 186 107,00); y, la multa a imponer a LIMATEL deberá fijarse entre 51 a 150 UIT.

Finalmente, debe advertirse que los criterios a tener en cuenta para imponer estas sanciones se encuentran establecidos en el artículo 30° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de OSIPTEL⁷⁵ y se refieren a aspectos tales como la naturaleza y gravedad de la infracción, el daño causado, la reincidencia, entre otros.

8.1.2 Marco Legal aplicable a las sanciones por actos de competencia desleal

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. (Subrayado agregado)

⁷² **REGLAMENTO DE INFRACCIONES, ARTÍCULO 3°.-** La empresa que incurra en infracciones administrativas será sancionada de acuerdo a la siguiente escala:

(...)

2. La infracción grave será sancionada con una multa equivalente a entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT(...)

⁷³ **REGLAMENTO DE INFRACCIONES, , ARTÍCULO 3°.-** (...)“Las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% (diez por ciento) de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión (...)

⁷⁴ Dicha información ha sido proporcionada por la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL, encargada de la supervisión de los aportes a través del Memorando N° 609-GFS/2005 del 16 de setiembre de 2005.

⁷⁵ **LEY N° 27336, ARTÍCULO 30°.-** Gradación de la multa

Para la gradación de la multa a imponerse se tomarán en cuenta los siguientes criterios:

a. Naturaleza y gravedad de la infracción.

b. Daño causado.

c. Reincidencia.

d. Capacidad económica del sancionado.

e. Comportamiento posterior del sancionado, especialmente la disposición para reparar el daño o mitigar sus efectos.

El beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción.”

Asimismo, el análisis para la imposición de la sanción está orientado también por los principios de la potestad sancionadora administrativa recogidos en el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

De otro lado, el artículo 26° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, establece que para la aplicación de sanciones a la leal competencia, se aplicarán los montos y los criterios de gradación de sanciones establecidos en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal⁷⁶.

En este sentido, el artículo 24° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal⁷⁷ - modificado por el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 807 -, señala que las multas que se impongan por infracciones a dicha ley serán de hasta 100 UIT. Asimismo, se señala que la imposición y graduación de las multas serán determinadas, teniendo en consideración criterios tales como la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, se considere adecuado adoptar⁷⁸.

Conforme a lo anterior, corresponde determinar la sanción aplicable a cada una de las infracciones realizadas por NORTEK, FULL LINE y LIMATEL que han sido identificadas como infracciones a las normas del sector telecomunicaciones o a las normas de leal competencia según corresponda, de conformidad con los criterios de graduación contemplados en las normas antes mencionadas.

8.2 Sanciones aplicables

8.2.1 Uso indebido de la interconexión por NORTEK

Tal como ha quedado acreditado como resultado de la tramitación del presente procedimiento administrativo, NORTEK ha usado indebidamente la interconexión con TELEFÓNICA y por tanto, ha transgredido los alcances del artículo 45° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, al haber cursado tráfico local pese a que de acuerdo a su Mandato sólo podía cursar tráfico de larga distancia, infracción calificada como grave conforme al referido Texto Único Ordenado.

⁷⁶ LEY DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES, ARTÍCULO 26°.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales

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

⁷⁷ LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, ARTÍCULO 24°.- El incumplimiento de las normas establecidas por esta Ley dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de las medidas que se dicten para la cesación de los actos de competencia desleal o para evitar que éstos se produzcan. Las multas que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá establecer por infracciones a la presente Ley serán de hasta cien (100) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente."

⁷⁸ Conforme a lo establecido en los Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTEL:

"(...) de acuerdo con el marco legal vigente, OSIPTEL se encuentra encargado de investigar y sancionar los actos prohibidos por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, que se produzcan en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, sea que se traten de controversias que involucren a empresas operadoras entre sí o inclusive cuando una sola de las partes tenga condición de operadora de servicios públicos de telecomunicaciones.

La aplicación de las normas de competencia al mercado de telecomunicaciones tiene carácter de supletorio frente a la regulación especial. En consecuencia, siguiendo el principio de supletoriedad, OSIPTEL sólo aplicará las normas de competencia desleal si no existe norma especial del sector de telecomunicaciones que regule expresamente la materia controvertida".

Teniendo en consideración los criterios para la graduación de las sanciones establecidos en el artículo 30° de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de OSIPTEL, debe indicarse que:

- (i) En cuanto a la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por NORTEK- según se ha explicado anteriormente- es calificada como grave, correspondiéndole una multa de entre 51 y 150 UIT de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de Infracciones.
- (ii) Respecto del daño causado por la conducta de la infractora, éste se encuentra representado por haber transgredido los alcances del Mandato de Interconexión cursando tráfico local disfrazado como tráfico de larga distancia, pese a que de acuerdo al Mandato, sólo podía cursar tráfico de larga distancia. De esta forma, TELEFÓNICA, que no tenía posibilidades técnicas de diferenciar estas llamadas, las transportó hacia su destino final. En este sentido, el daño causado por NORTEK se encuentra representado por los perjuicios ocasionados a TELEFÓNICA, pues tuvo que transportar llamadas locales sin existir de por medio un acuerdo o mandato de interconexión que estableciese las condiciones técnicas y económicas de la relación.
- (iii) En cuanto al beneficio obtenido por NORTEK mediante las infracciones a las normas de interconexión, debe indicarse que éste se encuentra representado porque sin haber incurrido en los costos de negociar un nuevo contrato de interconexión o de solicitar la aprobación del mandato, de ser el caso, NORTEK ha podido ofrecer a través de su tarjeta prepago larga distancia servicios adicionales de llamadas locales.
- (iv) Como circunstancias atenuantes deben considerarse que la posibilidad de que las llamadas locales se completaran usando la tarjeta prepago larga distancia de NORTEK se ha generado por un periodo corto de tiempo⁷⁹. Asimismo, debe tenerse en cuenta que NORTEK no publicitó la posibilidad de realizar este tipo de llamadas mediante su tarjeta prepago larga distancia.

En consecuencia, de acuerdo con los límites a la imposición de multas establecidos por la normativa vigente, así como a los criterios para la graduación de la sanción desarrollados en los párrafos precedentes; el Cuerpo Colegiado ha llegado a la conclusión de que a NORTEK debe imponérsele como sanción una multa de 70 UIT.

8.2.2 Interconexión irregular entre NORTEK y FULL LINE

8.2.2.1 Sanción a NORTEK

Tal como ha quedado acreditado como resultado de la tramitación del presente procedimiento administrativo, NORTEK ha infringido el procedimiento de negociación supervisada contemplado en el artículo 43° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, al haberse interconectado con FULL LINE en el escenario larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) al margen del mencionado procedimiento, infracción calificada como grave conforme al referido Texto Único Ordenado.

Teniendo en consideración los criterios establecidos para la graduación de las sanciones en el artículo 30° de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de OSIPTEL, debe indicarse que:

⁷⁹ Aproximadamente durante abril y mayo de 2003.

- (i) En cuanto a la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por NORTEK - según se ha explicado anteriormente- es calificada como grave, correspondiéndole una multa de entre 51 y 150 UIT de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de Infracciones.
- (ii) Respecto del daño causado por la conducta de la infractora está representado por haberse interconectado con FULL LINE al margen del procedimiento de negociación supervisada en un escenario: el de larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa), logrando a través de esta vía ilícita completar las llamadas efectuadas mediante su tarjeta pre-pago, pese a que tenía suspendida la interconexión con TELEFÓNICA que era la vía habitual y legítima que empleaba para completar las referidas llamadas.
- (iii) Por otro lado, en cuanto al beneficio obtenido por NORTEK mediante la interconexión irregular con FULL LINE, debe indicarse que éste se encuentra representado porque NORTEK sin haber incurrido en los costos de negociar un nuevo contrato de interconexión o de solicitar la aprobación del mandato, de ser el caso, pudo continuar ofreciendo los servicios de su tarjeta prepago en el escenario larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa), pese a que la vía legítima que tenía habilitada para ello, es decir, la interconexión con TELEFÓNICA, se encontraba suspendida por falta de pago.
- (iv) Como circunstancias atenuantes deben considerarse que, conforme a los medios probatorios que obran en el expediente, la posibilidad de que las llamadas de larga distancia fijo-fijo se completaran mediante la referida interconexión irregular se generó por un periodo corto de tiempo, aproximadamente durante un mes⁸⁰.

En consecuencia, de acuerdo con los límites a la imposición de multas establecidos por la normativa vigente, así como a los criterios para la graduación de la sanción desarrollados en los párrafos precedentes; el Cuerpo Colegiado ha llegado a la conclusión de que a NORTEK debe imponérsele como sanción una multa de 51 UIT.

8.2.2.2 Sanción a FULL LINE

Tal como ha quedado acreditado como resultado de la tramitación del presente procedimiento administrativo, FULL LINE ha infringido el procedimiento de negociación supervisada contemplado en el artículo 43° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, al haberse interconectado con NORTEK en el escenario larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) al margen del mencionado procedimiento, infracción calificada como grave conforme al referido Texto Único.

Teniendo en consideración los criterios establecidos para la graduación de las sanciones en el artículo 30° de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de OSIPTEL, debe indicarse:

- (i) En cuanto a la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por FULL LINE - según se ha explicado anteriormente- es calificada como grave, correspondiéndole una multa de entre 51 y el 10% de sus ingresos brutos (S/. 186 107,00) de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de Infracciones.
- (ii) Respecto del daño causado por la conducta de la infractora éste se encuentra representado por haberse interconectado con NORTEK en el escenario de larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) al margen del

⁸⁰ Aproximadamente durante junio de 2003.

- procedimiento de negociación supervisada y a través de esa vía ilícita haber transportado tráfico generado por la tarjeta pre-pago de NORTEK.
- (iii) En cuanto al beneficio obtenido por FULL LINE, éste se encuentra representado por los ingresos que percibiría por el transporte de las llamadas cursadas por NORTEK mediante la interconexión irregular en el escenario larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa).
 - (iv) Adicionalmente, debe considerarse que la conducta de FULL LINE no ha sido la adecuada durante la tramitación del procedimiento, pues no ha cumplido con presentar la totalidad de la información requerida en el procedimiento⁸¹.
 - (v) Finalmente, como circunstancia atenuante deben considerarse que, conforme a los medios probatorios que obran en el expediente, la posibilidad de que las llamadas de larga distancia fijo-fijo se completaran mediante la referida interconexión irregular se generó por un periodo corto de tiempo, aproximadamente durante un mes⁸².

En consecuencia, de acuerdo con los límites a la imposición de multas establecidos por la normativa vigente, así como a los criterios para la graduación de la sanción desarrollados en los párrafos precedentes; el Cuerpo Colegiado ha llegado a la conclusión de que a FULL LINE debe imponérsele como sanción una multa de 51 UIT.

8.2.3 Interconexión irregular entre NORTEK y LIMATEL

8.2.3.1 Sanción a NORTEK

Tal como ha quedado acreditado como resultado de la tramitación del presente procedimiento administrativo, NORTEK ha infringido el procedimiento de negociación supervisada contemplado en el artículo 43° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, al haberse interconectado con LIMATEL en los escenarios local fijo-fijo (Lima-Lima), larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa), al margen del mencionado procedimiento, infracción calificada como grave conforme al referido Texto Único Ordenado.

Teniendo en consideración los criterios establecidos para la graduación de las sanciones en el artículo 30° de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de OSIPTEL, debe indicarse que:

- (i) En cuanto a la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por NORTEK - según se ha explicado anteriormente- es calificada como grave, correspondiéndole una multa de entre 51 y 150 UIT de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de Infracciones.
- (ii) El daño causado por la conducta de la infractora está representado por haberse interconectado con LIMATEL al margen del procedimiento de negociación supervisada y a través de esa vía ilícita pudo terminar las llamadas efectuadas mediante su tarjeta prepago larga distancia en tres escenarios, a saber: (a) local fijo-fijo (Lima-Lima), (b) larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y (c) larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa), pese a que tenía suspendida la interconexión con TELEFÓNICA que era la vía legítima que empleaba para completar las referidas llamadas.

⁸¹ En efecto, FULL LINE no cumplió con remitir: (i) el diagrama del enrutamiento detallado entre FULL LINE y NORTEK de las llamadas de prueba realizadas por la Gerencia de Fiscalización; y (ii) la información detallada que verifique el enrutamiento de las llamadas a su destino final.

⁸² Aproximadamente durante junio de 2003.

- (iii) En cuanto al beneficio obtenido por NORTEK mediante la interconexión irregular con LIMATEL, debe indicarse que éste se encuentra representado porque NORTEK sin haber incurrido en los costos de negociar un nuevo contrato de interconexión o de solicitar la aprobación del mandato, de ser el caso, pudo continuar ofreciendo los servicios de su tarjeta prepago larga distancia en tres escenarios: (a) local fijo-fijo (Lima-Lima), (b) larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y (c) larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa), pese a que la vía habitual y legítima que tenía habilitada para ello, es decir, la interconexión con TELEFÓNICA que se encontraba suspendida por falta de pago.
- (iv) Como circunstancias atenuantes deben considerarse que, conforme a los medios probatorios que obran en el expediente, la posibilidad de que las llamadas se completaran mediante la referida interconexión irregular se generó por un periodo corto de tiempo, aproximadamente durante julio de 2003.

En consecuencia, de acuerdo con los límites a la imposición de multas establecidos por la normativa vigente, así como a los criterios para la graduación de la sanción desarrollados en los párrafos precedentes; el Cuerpo Colegiado ha llegado a la conclusión de que a NORTEK debe imponérsele como sanción una multa de 60 UIT.

8.2.3.2 Sanción a LIMATEL

Tal como ha quedado acreditado como resultado de la tramitación del presente procedimiento administrativo, LIMATEL ha infringido el procedimiento de negociación supervisada contemplado en el artículo 43° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, al haberse interconectado con NORTEK en los escenarios local fijo-fijo (Lima-Lima), larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa), al margen del mencionado procedimiento, infracción calificada como grave conforme al referido Texto Único.

Teniendo en consideración los criterios establecidos para la graduación de las sanciones en el artículo 30° de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de OSIPTEL, debe indicarse que:

- (i) En cuanto a la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por LIMATEL -según se ha explicado anteriormente- es calificada como grave, correspondiéndole una multa de entre 51 y 150 UIT de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de Infracciones.
- (ii) El daño causado por la conducta de la infractora está representado por haberse interconectado con NORTEK al margen del procedimiento de negociación supervisada y a través de esa vía ilícita transportó llamadas en tres escenarios: (a) local fijo-fijo (Lima-Lima), (b) larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y (c) larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa), efectuadas mediante la tarjeta prepago larga distancia de la demandada.
- (iii) En cuanto al beneficio obtenido por LIMATEL, éste se encuentra representado por los ingresos que percibiría por el transporte de las llamadas cursadas por NORTEK mediante la interconexión irregular en los tres escenarios: local fijo-fijo (Lima-Lima), larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa).

- (iv) La conducta de LIMATEL no ha sido la adecuada durante la tramitación del procedimiento, pues no ha cumplido con presentar la totalidad de la información requerida en el procedimiento⁸³.
- (v) Como circunstancias atenuantes deben considerarse que, conforme a los medios probatorios que obran en el expediente, la posibilidad de que las llamadas se completaran mediante la referida interconexión irregular se generó por un periodo corto de tiempo, aproximadamente durante julio de 2003.

En consecuencia, de acuerdo con los límites a la imposición de multas establecidos por la normativa vigente, así como a los criterios para la graduación de la sanción desarrollados en los párrafos precedentes; el Cuerpo Colegiado ha llegado a la conclusión de que a LIMATEL debe imponérsele como sanción una multa de 60 UIT.

8.2.4 Actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general por la negativa de NORTEK a suscribir las actas de liquidación

En el presente caso, ha quedado acreditado que la negativa injustificada de NORTEK a suscribir las actas de conciliación de tráfico constituiría una infracción a la cláusula general contenida en el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

De acuerdo con lo anterior, el Cuerpo Colegiado estima que:

- (i) NORTEK cometió una infracción muy grave, toda vez que actuó con dolo mediante la negativa injustificada a suscribir las actas de conciliación de tráfico dentro del procedimiento de liquidación, facturación y pago contraviniendo la naturaleza y finalidad de dicho procedimiento.
- (ii) Tales actos ilícitos atentan contra la buena fe comercial e impidieron el normal desarrollo del procedimiento de liquidación, facturación y pago, ya que los mismos se encontraban encaminados a impedir que TELEFÓNICA emita las facturas correspondientes para hacerse cobro de sus acreencias por los servicios de interconexión prestados a la demandada.
- (iii) Asimismo, a efectos de graduar la sanción se considera indispensable tomar en cuenta los beneficios que obtuvo NORTEK al negarse a suscribir las actas de conciliación que se encuentran representados por:
 - a) la imposibilidad de TELEFÓNICA de emitir las facturas correspondientes durante aproximadamente 7 meses (desde diciembre de 2002 a junio de 2003), pese a que – de acuerdo al marco regulatorio entonces vigente – TELEFÓNICA debía seguir brindando a NORTEK el servicio de interconexión⁸⁴.
 - b) NORTEK se benefició indebidamente de los servicios prestados por TELEFÓNICA sin pagar la deuda correspondiente durante aproximadamente 7 meses, es decir, hasta que TELEFÓNICA se encontró facultada para cortar el servicio conforme al procedimiento entonces vigente.

⁸³ En efecto, LIMATEL no presentó la totalidad de la información requerida mediante Oficio N° 205-ST/2004 relacionada al número de minutos de tráfico cursados a través de la tarjeta pre-pago larga distancia de NORTEK.

⁸⁴ De acuerdo a lo declarado por TELEFÓNICA, los montos que habría dejado de cobrar por este concepto en el referido periodo de tiempo ascienden cuando menos a US\$ 932 371,00.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado estima por conveniente sancionar a NORTEK con una multa ascendente a 80 UIT, de conformidad con lo establecido por el artículo 24º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

8.2.5 Actos de competencia desleal en la modalidad de denigración

En el presente caso ha quedado acreditado que NORTEK ha incurrido en los presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de denigración imputados por TELEFÓNICA. Ello, en la medida de que las afirmaciones contenidas en una carta remitida por NORTEK a sus clientes respecto a la arbitrariedad e ilegalidad de la conducta de TELEFÓNICA consistente en cortar el acceso de las tarjetas prepago de NORTEK para las llamadas larga distancia desde todos los teléfonos fijos y públicos operados por TELEFÓNICA, no resultan verdaderas, exactas ni pertinentes y adicionalmente son susceptibles de afectar el prestigio de la demandante al afirmar que dicha empresa había incurrido en actuaciones ilícitas.

De acuerdo con lo anterior, el Cuerpo Colegiado estima que el NORTEK cometió una infracción grave, toda vez que ha utilizado afirmaciones destinadas a afectar directamente el prestigio de TELEFÓNICA ante sus clientes y que dichas afirmaciones han sido difundidas a través de medios dirigidos directamente a sus clientes que informaron a esta empresa su decisión de dejar sin efecto los contratos suscritos con ella. A lo anterior debe agregarse que la denunciada difundió las afirmaciones materia de denuncia a sabiendas de que carecía de los medios probatorios para acreditar la veracidad y exactitud de las mismas.

Por tanto, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde sancionar a NORTEK con una multa de 7 UIT, de conformidad con lo establecido por el artículo 24º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

IX. **PEDIDO DE COSTAS Y COSTOS FORMULADO POR TELEFÓNICA**

En su demanda, TELEFÓNICA solicitó al Cuerpo Colegiado que se ordene a NORTEK el pago de las costas y costos incurridos por su empresa durante la tramitación del procedimiento.

El artículo 7º del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI⁸⁵, establece que el Cuerpo Colegiado podrá ordenar al infractor que asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante⁸⁶.

⁸⁵ Norma aplicable a los procesos de solución de controversias seguidos ante OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, así como por el artículo 100º del Reglamento General de OSIPTEL, Decreto Supremo N° 008-2001-PCM. Estas normas señalan lo siguiente:

Ley N° 27332

Artículo 5º.- Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas

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

Decreto Supremo N° 008-2001-PCM

Artículo 100º.- Ejercicio de las Facultades de los Órganos del OSIPTEL

Los órganos funcionales del OSIPTEL gozan de las facultades previstas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332 y las que señala la Ley N° 27336.

Tales facultades pueden ser usadas para obtener la información necesaria para dictar reglamentos, normas de carácter general, establecer regulaciones, mandatos u otras disposiciones de carácter particular, para llevar a cabo investigaciones preliminares, para obtener información a ser puesta a disposición del público, o para resolver un expediente o caso sujeto a las competencias del OSIPTEL. Las entidades delegadas también podrán hacer uso de las facultades concedidas a los órganos funcionales y estarán sujetas a las mismas incompatibilidades, restricciones, prohibiciones y limitaciones.

⁸⁶ LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, ARTÍCULO 7.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda,

De acuerdo con lo establecido por el artículo 410° del Código Procesal Civil, "*Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso*"; por su parte, el artículo 411° del mismo Código define a los costos como "*el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial*."

Al respecto, debe señalarse que el OSIPTEL no cobra tasas por la presentación de denuncias ante los Cuerpos Colegiados Ordinarios; razón por la cual en este caso no procede ordenar el pago de las costas solicitado por TELEFÓNICA.

Con relación al pedido de TELEFÓNICA para que se ordene a NORTEK el pago de los costos incurridos por esta empresa durante el trámite del procedimiento, el Cuerpo Colegiado considera que las infracciones incurridas por NORTEK han sido flagrantes y además graves por cuanto las conductas de esta han afectado a los demás operadores que concurren al mercado cumpliendo las normas de interconexión; a la vez que han perjudicado la imagen de TELEFÓNICA en el mercado al hacer referencia a presuntas conductas ilegales cometidas por esta empresa pese a carecer del sustento probatorio correspondiente.

Por las razones expuestas, debe ordenarse a NORTEK que asuma el pago de los costos incurridos por TELEFÓNICA durante la tramitación de este procedimiento.

X. CESE DE CONDUCTAS

En su denuncia, TELEFÓNICA solicitó al Cuerpo Colegiado que se ordene a NORTEK el cese definitivo de las infracciones regulatorias y de los actos de competencia desleal materia de este procedimiento.

Al respecto, el artículo 23.1° de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de OSIPTEL, señala que OSIPTEL podrá dictar medidas correctivas para corregir una conducta infractora. Por su parte, el artículo 22°, literal b) de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, establece que el afectado por un acto de competencia desleal podrá solicitar la cesación del acto, o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica.

En este sentido, teniendo en cuenta que la finalidad de las medidas correctivas es revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas materia de un procedimiento, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde adoptar las medidas necesarias a fin de evitar que se continúen produciendo las infracciones a las normas de interconexión así como los actos de competencia desleal materia de denuncia.

Por lo tanto, en calidad de medidas definitivas, debe ordenarse lo siguiente:

- a) A NORTEK, que se abstenga de usar indebidamente la interconexión de la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de NORTEK con la red de los servicios de telefonía fija local y de larga

podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716. 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 funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

distancia de TELEFÓNICA y la red de los servicios de telefonía móvil de TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES (TSM), para cursar llamadas locales.

- b) A NORTEK, LIMATEL y FULL LINE, que se abstengan de interconectar sus redes del servicio portador de larga distancia nacional e internacional por cualquier medio físico o virtual, al margen del procedimiento de negociación supervisada establecido en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.
- c) Convertir en definitiva la medida cautelar dada por este Cuerpo Colegiado mediante Resolución N° 002-2003-MC1-CCO/OSIPTTEL, a efectos de que TELEFÓNICA proceda a emitir las facturas correspondientes a los meses de enero a junio del año 2003 por los tráficos correspondientes a Lima; y, por los meses de mayo y junio del año 2003 correspondientes a Arequipa por concepto de servicio de interconexión prestado a NORTEK sobre la base de la información contenida en los reportes de tráficos de TELEFÓNICA.
- d) A NORTEK, el cese definitivo de la difusión, por cualquier medio de comunicación de cualquier afirmación, imagen, ilustración y/o descripción que sea susceptible de desacreditar a TELEFÓNICA, entre ellas aquellas referidas a la arbitrariedad e ilegalidad de la conducta de TELEFÓNICA consistente en cortar el acceso de las tarjetas prepago de NORTEK para las llamadas larga distancia desde todos los teléfonos fijos y públicos operados por TELEFÓNICA.

Estas medidas deberán ser cumplidas por NORTEK, FULL LINE y LIMATEL en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, contados a partir de la fecha de que la presente resolución quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias; caso contrario, el incumplimiento de esta orden será considerado como infracción muy grave y será susceptible de las sanciones que resulten aplicables, de acuerdo con lo establecido por el artículo 44° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones⁸⁷.

XI. PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Finalmente, en la medida que en este caso las infracciones cometidas por NORTEK, FULL LINE y LIMATEL son graves, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 33° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTTEL⁸⁸, debe ordenarse la publicación de esta resolución, una vez que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTTEL.

⁸⁷ REGLAMENTO GENERAL DE INFRACCIONES Y SANCIONES, ARTÍCULO 44°.- La empresa que incumpla con las resoluciones del Cuerpo Colegiado Ordinario de primera instancia, del Cuerpo Colegiado de Tipo Arbitral o del Presidente de OSIPTTEL en las materias contempladas en las normas referidas a la solución de controversias entre empresas, incurrirá en infracción muy grave; salvo que el órgano que emitió la resolución incumplida hubiera señalado en ésta otra calificación. No se podrá señalar otra calificación tratándose de resoluciones que pongan fin a una instancia del procedimiento administrativo.

⁸⁸ LEY N° 27336, LEY DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTTEL, ARTÍCULO 33°.- PUBLICACIÓN. Las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves serán publicadas en el diario oficial "El Peruano", cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **FUNDADA** en parte la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C. por infracciones al Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL, en el extremo referido del uso indebido de la interconexión de Nortek Communications S.A.C con Telefónica del Perú S.A.A. para cursar tráfico no permitido por el Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTEL, conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Sancionar a Nortek Communications S.A.C. con una multa de SETENTA (70) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, por las infracciones al Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL, en el extremo referido del uso indebido de la interconexión de Nortek Communications S.A.C con Telefónica del Perú S.A.A. para cursar tráfico no permitido por el Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTE, conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Tercero.- Declarar **IMPROCEDENTE** en parte la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C. por infracciones a las normas de comercialización en el extremo referido del uso indebido de la tarjeta pre-pago larga distancia de la demandada para cursar tráfico no permitido por el Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTEL, conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Cuarto.- Declarar **INFUNDADA** en parte la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en el extremo referido del uso indebido de la interconexión de Nortek Communications S.A.C con Telefónica del Perú S.A.A. para cursar tráfico no permitido por el Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTEL.

Artículo Quinto.- Declarar **IMPROCEDENTE** en parte la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en el extremo referido a las contravenciones a las normas de comercialización por cursar tráfico no permitido por el Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTEL.

Artículo Sexto.- Declarar **FUNDADA** en parte la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C. por infracciones al Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL, por la interconexión entre Full Line S.A.C. y Nortek Communications S.A.C. al margen del procedimiento de negociación supervisada para cursar llamadas larga distancia fijo-fijo (Lima – Arequipa) e **INFUNDADA** en los demás extremos relativos a este punto, conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Séptimo.- Sancionar a Nortek Communications S.A.C. con una multa ascendente a CINCUENTA Y UN (51) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, por las infracciones al Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL.

Artículo Octavo.- Declarar que Full Line S.A.C. ha incurrido en infracciones al Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL, al haberse interconectado con Nortek Communications S.A.C. para cursar llamadas larga distancia fijo-fijo (Lima – Arequipa) al margen del procedimiento de negociación supervisada, conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Noveno.- Sancionar a Full Line S.A.C. con una multa ascendente a CINCUENTA Y UN (51) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, por las infracciones al Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL.

Artículo Décimo.- Declarar **FUNDADA** la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C. por infracciones al Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL, por la interconexión entre Nortek Communications S.A.C. y Limatel S.A. al margen del procedimiento de negociación supervisada para cursar llamadas local fijo – fijo (Lima-Lima), larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y larga distancia fijo-móvil(Lima-Arequipa).

Artículo Undécimo.- Sancionar a Nortek Communications S.A.C. con una multa ascendente a SESENTA (60) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, por las infracciones al Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL.

Artículo Duodécimo .- Declarar que Limatel S.A. ha incurrido en infracciones al Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL, al haberse interconectado con Nortek Communications S.A.C. al margen del procedimiento de negociación supervisada para cursar llamadas local fijo – fijo (Lima-Lima), larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y larga distancia fijo-móvil(Lima-Arequipa).

Artículo Décimo Tercero.- Sancionar a Limatel S.A. con una multa ascendente a SESENTA (60) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, por las infracciones al Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL.

Artículo Décimo Cuarto.- Declarar **INFUNDADA** en parte la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal en el extremo referido a la interconexión con Full Line S.A.C. al margen del procedimiento de negociación supervisada para cursar llamadas larga distancia fijo-fijo (Lima – Arequipa).

Artículo Décimo Quinto.- Declarar **IMPROCEDENTE** en parte la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en el extremo referido a la supuesta interconexión con Full Line S.A.C. para cursar llamadas local fijo-fijo, local fijo-móvil y larga distancia fijo-móvil.

Artículo Décimo Sexto.- Declarar **INFUNDADA** la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en el extremo referido a la interconexión entre Nortek Communications S.A.C. y Limatel S.A. al margen del procedimiento de negociación supervisada.

Artículo Décimo Séptimo.- Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C por infracciones al marco regulatorio de la interconexión constituidas por incumplimientos de pago por parte de la demandada.

Artículo Décimo Octavo.- Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en el extremo referido a los incumplimientos de pago de la demandada.

Artículo Décimo Noveno.- Declarar **FUNDADA** la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C por actos contrarios a la cláusula general contenida en el artículo 6° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal en el extremo referido a la negativa injustificada de Nortek Communications S.A.C. a suscribir las actas de conciliación de tráfico.

Artículo Vigésimo.- Sancionar a Nortek Communications S.A.C. con una multa de OCHENTA (80) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal por actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general.

Artículo Vigésimo Primero.- Declarar **FUNDADA** la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, tipificados en el artículo 11° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en el extremo referido a la difusión por parte de la demandada de afirmaciones denigratorias contra la demandante.

Artículo Vigésimo Segundo.- Sancionar a Nortek Communications S.A.C. con una multa de SIETE (7) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal por actos de competencia desleal en la modalidad de denigración.

Artículo Vigésimo Tercero.- Disponer el cese de las conductas infractoras a las normas de interconexión y a la leal competencia y convertir en definitiva la medida cautelar dada por este Cuerpo Colegiado mediante Resolución N° 002-2003-MC1-CCO/OSIPTEL, conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Vigésimo Cuarto.- Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de Telefónica del Perú S.A.A. para que se ordene a Nortek Communications S.A.C. el pago de las costas incurridas por dicha empresa durante el trámite del procedimiento; por las razones expuestas en la presente resolución.

Artículo Vigésimo Quinto.- Ordenar a Nortek Communications S.A.C. el pago de los costos incurridos por Telefónica Multimedia S.A.C. durante la tramitación de este procedimiento, de

conformidad con lo establecido por el artículo 7º del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.

Artículo Vigésimo Sexto.- Disponer la publicación de la presente resolución conforme a lo establecido en el artículo 33º de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

Artículo Vigésimo Séptimo.- Disponer que la Secretaría Técnica remita copia de las partes pertinentes del presente expediente al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en la medida que se ha detectado que NORTEK ha realizado (i) actividades que exceden su contrato de concesión de portador de larga distancia, y; (ii) comercialización de tráfico sin haberse registrado como comercializador.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ricardo Maguiña, Lorena Alcázar y María Teresa Capella.-

