



Expediente 003-2002

RESOLUCIÓN N° 019..-2002-CCO/OSIPTEL

Lima, 23 de setiembre de 2002.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre AT&T Perú S.A. (en adelante ATT) y Telefónica Móviles S.A.C. (en adelante TM) por supuestos actos de discriminación en la aplicación de cargos de interconexión.

VISTOS:

El expediente N° 003-2002, correspondiente a la controversia entre ATT contra TM sobre supuestos actos de discriminación en la aplicación de cargos de interconexión.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1.1 Demandante

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

1.2 Demandada

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

II. POSICIONES DE LAS PARTES

Con relación a las posiciones de las partes, el Cuerpo Colegiado se remite a lo expuesto en el Informe Instructivo emitido por la Secretaría Técnica – Informe N° 007-2002/ST, de fecha 20 de agosto de 2002 (en adelante el Informe Instructivo).

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

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

3.1 Primer Punto Controvertido

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

3.2 Segundo Punto Controvertido

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

3.3 Tercer Punto Controvertido

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

3.4 Cuarto Punto Controvertido

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

3.5 Quinto Punto Controvertido

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

3.6 Sexto Punto Controvertido

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

3.7 Sétimo Punto Controvertido

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

IV. NORMATIVA APLICABLE

Las conductas denunciadas por ambas empresas podrían constituir actos de competencia desleal, actos de abuso de posición de dominio, o infracciones a la normativa vigente en materia de telecomunicaciones. En ese sentido, y en virtud del principio de supletoriedad establecido en los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones en el Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N°020-98-MTC¹, en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, la aplicación de la normativa sobre libre competencia (Decreto Legislativo N° 701) o de represión de la competencia desleal (Decreto Ley N° 26122) es supletoria a la normativa específica del sector de telecomunicaciones.

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

V. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Previamente al análisis de los puntos controvertidos, el Cuerpo Colegiado considera necesario repasar los hechos ocurridos antes y durante el presente procedimiento. Para tales efectos, el Cuerpo Colegiado se remite a los hechos expuestos en el Informe Instructivo y, adicionalmente, considera relevantes los siguientes hechos:

- El 26 de noviembre de 1999 Telefónica del Perú S.A.A.(en lo relativo a telefonía móvil hoy TM)² y Global Village Telecom. N.V., (hoy Gilat To Home Perú S.A.) suscribieron un contrato de interconexión para interconectar la red de larga distancia de esta última con la red de telefonía fija y telefonía móvil de Telefónica del Perú S.A.A.. En este contrato se estableció que el cargo por terminación de llamada de larga distancia en la red móvil sería el derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75 y que la vigencia del mismo sería de siete años forzosos. Mediante Resolución N° 037-2000-PD/OSIPTEL, de fecha 16 de mayo de 2000, se aprobó dicho contrato, sus anexos y acuerdos complementarios.
- El 7 de septiembre de 2000 se aprobó el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL, que interconectó el servicio portador de larga distancia de ATT con

¹ Criterio recogido y desarrollado en el Informe 008-2001/GRE, emitido por la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado de Primera Instancia, en la controversia seguida por ATT contra Telefónica del Perú S.A.A. por supuestos incumplimientos de obligaciones de libre y leal competencia, interconexión, acceso a redes y de carácter técnico (Expediente N° 003-2001).

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

la red del servicio de telefonía móvil de TM. En dicho Mandato OSIPTEL estableció que el cargo por terminación de llamada de larga distancia nacional e internacional en la red móvil de TM también sería el derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75.

- El 4 de diciembre de 2000 se publicó la Resolución del Consejo Directivo N° 063-2000-CD/OSIPTEL, que estableció en US\$0,1860 por minuto, sin incluir el IGV, el cargo de interconexión tope por terminación de llamada en redes de telefonía móvil celular.
- La Resolución 004-2001-CD/OSIPTEL, publicada el 28 de febrero de 2001, modificó algunos artículos de la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL, estableciendo que a partir del 1 de marzo de 2001 el cargo de interconexión tope promedio ponderado aplicable por minuto de tráfico eficaz por la terminación de llamada en las redes de los servicios de telefonía móvil sería por todo concepto de US\$0,2053 por minuto, tasado al segundo, sin incluir el IGV. Asimismo, estableció que dicho cargo se aplicará a las relaciones de interconexión originadas por los mandatos de interconexión emitidos por la Gerencia General de OSIPTEL, sin perjuicio del derecho de las empresas de acordar mejores cargos o de solicitar a la empresa del servicio de telefonía móvil el otorgamiento de un trato igual al que hubiera pactado con una tercera empresa.
- El 3 de mayo de 2001 ATT recibió las facturas N° 178-0000050 y 178-0000051 emitidas por TM, correspondientes al tráfico cursado por su red móvil durante los meses de enero y febrero de 2001.
- Mediante carta de fecha 22 de junio de 2001, ATT solicitó a TM una reunión para conciliar el tráfico correspondiente a los meses de abril y mayo de 2001.
- El 26 de julio de 2001, TM inició una controversia contra GILAT, solicitando que se declare que el cargo de US\$ 0,2053 era el aplicable a la relación de interconexión con GILAT a partir del 1 de marzo de 2001³.
- El 8 de noviembre de 2001, ATT y TM concilian el tráfico correspondiente a los meses de abril hasta setiembre de 2001.
- El 26 de noviembre de 2001, ATT recibió de TM las facturas correspondientes al tráfico liquidado de los meses de marzo hasta setiembre de 2001, aplicando el cargo US\$ 0.2053 por minuto.
- Mediante carta N° C.644/VPLR-2001, recibida por TM el 26 de diciembre de 2001, ATT solicita a dicha empresa la aplicación del cargo 25/75. En tal sentido, solicita

³ La argumentación y defensa de GILAT en dicha controversia fue que la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL no era aplicable al contrato que había suscrito con TM, por cuanto ésta fijó un cargo tope o por defecto, es decir, ante la falta de acuerdo. Además, que dicha Resolución tampoco le era aplicable porque el cargo de US\$ 0.2053 que fijaba sólo era para aquellas relaciones de interconexión originadas por mandato y no a las que nacieron en virtud de un contrato. Finalmente, planteó que la Resolución 004-2001-CD/OSIPTEL preveía total libertad para acordar mejores cargos que el establecido por defecto y no cuestionaba la validez y vigencia de los acuerdos adoptados con anterioridad a su vigencia.

la anulación de las facturas correspondientes a los meses de marzo a setiembre de 2001, cuyos montos consignados se obtuvieron aplicando el cargo US\$ 0.2053, y la emisión de nuevas facturas que reflejen el cargo 25/75.

- Mediante carta N° C.58/VPLR-2001, recibida por TM el 13 de febrero de 2002, ATT remitió entre otros, un cheque del Banco Sudamericano correspondiente a la suma adeudada a TM por los meses de enero y febrero de 2001, aplicando el sistema de distribución de ingresos 25/75.
- El 13 de febrero de 2002 ATT interpuso demanda contra TM señalando que el cargo fijado por la Resolución 004-2001-CD/OSIPTEL, de US\$0.2053 por minuto, no le era aplicable, alegando la existencia de un contrato suscrito entre TM y GILAT por el que se aplicaba el cargo derivado del sistema de reparto de ingresos 25/75, el mismo que se encontraba vigente y que consideraba era una condición más favorable. ATT garantizó el pago de los montos controvertidos por concepto de cargo de terminación de llamada en la red móvil de TM mediante carta fianza.
- El 13 de febrero de 2002, TM y GILAT celebran una transacción donde se establece que el cargo de interconexión de US\$ 0.2053 era aplicable a las liquidaciones de tráficos realizados entre las partes a partir del 1 de marzo de 2001 en adelante. Esta transacción fue presentada el 25 de febrero dentro del procedimiento de solución de controversias iniciado por TM contra GILAT, a fin de ponerle fin.
- Posteriormente, el 05 de marzo de 2002, GILAT y TM convinieron en celebrar un acuerdo conciliatorio para regular con mayor precisión los términos bajo los cuales pusieron fin a la controversia iniciada por TM contra GILAT, dejando sin efecto la transacción antes mencionada. A través de esta conciliación las partes adecuaron el contrato que tenían suscrito al cargo dispuesto por la Resolución 004-2001-CD/OSIPTEL, en virtud de lo cual el cargo aplicable a las liquidaciones de tráficos realizados entre ellas a partir del 1 de marzo de 2001 sería de US\$ 0.2053 por minuto. Asimismo, por esta conciliación TM renunció a los intereses que le pudieran corresponder por los montos adeudados por GILAT. Finalmente, las partes señalaron que las estipulaciones de la conciliación tenían naturaleza declarativa sin modificar los términos del contrato que habían suscrito. Esta conciliación fue presentada el 07 de marzo de 2002 dentro del proceso de solución de controversias iniciado por TM contra GILAT, para darle fin.
- El 8 de marzo de 2002 TM contesta la demanda planteada por ATT y en ella señala que a partir del 1 de marzo de 2001 ha venido aplicando y facturando con el cargo fijado por la Resolución 004-2001-CD/OSIPTEL a todas las empresas interconectadas a su red, incluyendo a GILAT, tal como quedaba demostrado por la conciliación que había celebrado con esta empresa el 05 de marzo de 2002.
- El 12 de agosto de 2002, el Cuerpo Colegiado aprobó el acuerdo conciliatorio suscrito entre GILAT y TM donde las partes acordaron que el cargo de interconexión de US\$0.2053 por minuto era aplicable a las liquidaciones de tráficos

realizados entre ellas a partir del 1 de marzo de 2001 en adelante⁴.

De acuerdo con los hechos expuestos, la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL dispuso para las comunicaciones de larga distancia y las llamadas originadas en las redes de telefonía fija que terminaran en las redes móviles, el cargo tope de US\$0,2053 por minuto más IGV, siendo aplicable a partir del 1 de marzo del 2001. Asimismo, la referida Resolución estableció que dicho cargo se aplicaría a las relaciones de interconexión originadas por los mandatos de interconexión sin perjuicio de que los operadores acuerden mejores cargos o se acojan al cargo más beneficioso que hubiera pactado la empresa correspondiente del servicio de telefonía móvil, del servicio troncalizado o del servicio PCS con una tercera empresa.

En el mes de noviembre de 1999, TM suscribió con GILAT un acuerdo de interconexión, cuya vigencia era de 7 años, según el cual el pago del cargo de interconexión entre ambas venía determinándose en función al sistema de repartición de ingresos 25/75. Este acuerdo fue posteriormente aprobado por OSIPTEL.

Si bien en la parte considerativa de la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL se señaló que el sistema de repartición de ingresos generaba incertidumbre y trato discriminatorio, por lo que se estableció en sustitución el cargo tope de US\$ 0.2053 por minuto de tráfico eficaz, no existía certeza sobre la aplicación de este último cargo a aquellas relaciones de interconexión originadas en acuerdos previos entre las empresas, que hubieran sido aprobados por OSIPTEL, como era el caso del acuerdo suscrito entre GILAT y TM.

Esta falta de certeza se hizo aún más evidente en el mes de julio de 2001, fecha en la que TM inició un procedimiento de solución de controversias contra GILAT debido a que esta última empresa consideraba que, estando su relación de interconexión regida por un Acuerdo con TM y no por un mandato, el cargo aplicable a la misma era el derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75 y no el cargo tope de US\$ 0.2053, como afirmaba TM. Mientras dicho procedimiento no concluyera, la modificación del acuerdo entre GILAT y TM por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL y, en consecuencia, la aplicabilidad del cargo de US\$ 0.2053 a GILAT se encontraban controvertidas. De ello se deduce que existía la posibilidad de que la resolución final del mencionado procedimiento fuera favorable a GILAT, es decir, que se concluyera que el cargo aplicable era el derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75.

La relación de interconexión de ATT con TM se sustenta en el Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL, de septiembre de 2000. Este Mandato contemplaba que el cargo de interconexión entre ambas empresas se determinaría en función al sistema de repartición de ingresos 25/75. En principio, con la emisión de la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, el cargo aplicable a la relación de interconexión de ATT y TM sería el de US\$ 0.2053; sin embargo, también dentro del marco de lo que la propia Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL establecía, ATT podía acogerse al cargo más beneficioso que tuviera pactado TM con una tercera empresa.

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

En tal sentido, si la conclusión del procedimiento de solución de controversias entre TM y GILAT era favorable a esta última empresa, ATT podría haberse acogido válidamente al cargo derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75, si lo consideraba más favorable, es decir al mismo cargo que tenía previamente a la puesta en vigencia de la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL.

La controversia iniciada por TM contra GILAT concluyó en agosto de 2002. Sin embargo, dicha controversia no requirió que el Cuerpo Colegiado respectivo se pronunciara sobre el fondo de la materia controvertida, esto es, si la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL había modificado el acuerdo de interconexión existente entre las partes y, consecuentemente, si en virtud de dicha resolución el cargo aplicable a GILAT era el de US\$ 0.2053. En efecto, las partes suscribieron un acuerdo conciliatorio fuera del procedimiento dando por concluida la controversia y señalando que el cargo de interconexión de US\$0,2053 era aplicable a las liquidaciones de tráfico realizadas entre las partes a partir del 1 de marzo de 2001, por lo que el Cuerpo Colegiado se limitó a aprobar el referido acuerdo conciliatorio⁵.

De acuerdo con lo anterior, fue recién a partir del mes de agosto de 2002, luego que finalizara el referido procedimiento entre TM y GILAT, que se generó la certeza de que el cargo aplicable a la relación de interconexión entre ambas empresas era el de US\$ 0.2053 y no el derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75.

Entre las fechas en que se produjeron los cambios normativos mencionados, el inicio del procedimiento de solución de controversias entre TM y GILAT y su finalización anticipada por efecto de la conciliación entre ambas partes, ocurrieron también los hechos que han dado lugar a la presente controversia y que tienen su origen en la emisión de facturas por TM correspondiente a los cargos de interconexión que supuestamente le adeudaba ATT. Las mencionadas facturas y los hechos directamente vinculados a ellas son los siguientes:

- Facturas correspondientes a enero y febrero de 2001 (en adelante facturas enero/febrero 2001), emitidas por TM el 30 de abril de 2001 y recibidas por ATT con fecha 03 de mayo. Estas facturas fueron emitidas dentro de la vigencia del sistema de distribución de ingresos 25/75, aunque al momento de valorizar las liquidaciones de tráficos correspondientes se aplicó el cargo correspondiente al sistema “el que llama paga”. ATT no planteó observación respecto de estas facturas y las pagó el 13 de febrero de 2002, considerando el monto que correspondía según el sistema de repartición de ingresos 25/75.
- Facturas correspondientes a los meses de marzo hasta setiembre de 2001(en adelante facturas marzo/setiembre 2001), emitidas por TM el 09 de noviembre de 2001 y recibidas por ATT con fecha 26 de noviembre. Estas facturas fueron emitidas considerando el cargo de US\$ 0.2053. ATT devolvió estas facturas a TM el 26 de diciembre de 2001, señalando que el cargo aplicable era el derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75. ATT pagó los montos no controvertidos de estas facturas – es decir, según el sistema 25/75 - al inicio del presente

⁵ Debe precisarse que si bien el Cuerpo Colegiado correspondiente aprobó la referida conciliación, no se pronunció sobre el carácter declarativo o no de la misma, como erróneamente señaló el representante de TM en el informe oral de fecha 17 de setiembre de 2002. Las afirmaciones del representante de TM fueron las siguientes: “(...) la Gerencia General y el propio Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Telefónica Móviles y Gilat to Home han declarado de modo expreso que esa conciliación tiene efecto declarativo, entonces siendo esto así, el único efecto que se produjo entre la Resolución y el contrato originalmente celebrado fue el efecto de modificar esas condiciones económicas automáticamente (...)”.

procedimiento y, además, presentó cartas fianzas para garantizar el pago de los montos controvertidos si la decisión final no le fuera favorable.

Desarrollados e interpretados así los hechos ocurridos, a continuación el Cuerpo Colegiado procederá a realizar el análisis de los puntos controvertidos en el presente procedimiento.

5.1. Análisis del Primer Punto Controvertido

El primer punto controvertido requiere determinar si TM ha incurrido en infracción a las normas de interconexión, al desarrollar una conducta discriminatoria en perjuicio de ATT, al pretender cobrarle, desde marzo de 2001, un cargo por terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional en su red móvil, mayor al pactado con GILAT.

En tal sentido, corresponde determinar si TM incurrió en un trato discriminatorio al emitir a ATT las facturas de marzo/setiembre 2001 con el cargo de US\$ 0.2053 en vez del cargo derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75.

El principio de no discriminación contemplado por el marco regulatorio del sector telecomunicaciones busca establecer las condiciones para que todas las empresas operadoras puedan competir en igualdad de condiciones⁶. Por ello, basta que un operador pacte con otra empresa una condición más favorable para que se encuentre obligado a otorgarle esa condición a las demás empresas operadoras que así lo requieran⁷.

En el presente caso, existía un acuerdo entre GILAT y TM que establecía un cargo – el derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75 – distinto que el cargo aplicado por TM a los demás operadores según lo dispuesto por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL – es decir el cargo de US\$ 0.2053 por minuto -. Sin embargo, en virtud de la conciliación efectuada entre GILAT y TM, que dio origen a la conclusión anticipada del procedimiento de solución de controversias entre ambas partes, se concluyó que el cargo aplicable a su relación de interconexión también era el de US\$ 0.2053 por minuto.

⁶ El artículo 71 de la Ley de Telecomunicaciones dispone que “en las relaciones comerciales de empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, está prohibida **la aplicación** de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que creen situaciones desventajosas entre competidores”.

El artículo 108 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones desarrolla dicho principio señalando que “la interconexión de las redes de los servicios públicos de telecomunicaciones debe realizarse de acuerdo con el principio de igualdad de acceso, en virtud del cual los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a **interconectarse**, acordando aspectos técnicos, económicos, tarifarios, de mercado de servicios y otros, **en condiciones de igualdad** para todo operador de servicios de la misma naturaleza que lo solicite”.

El artículo 9 del Reglamento de Interconexión precisó que: “En aplicación del principio de no discriminación, los operadores están prohibidos **de llevar a cabo prácticas discriminatorias** u otorgar tratos diferenciados a otros operadores vinculados directa o indirectamente, que busquen o pretendan favorecer a ellos o a sí mismos, en detrimento de cualesquiera de los otros agentes que operan en el mercado de telecomunicaciones. (...)”. De otro lado, el artículo 10 de dicho Reglamento estableció que: “En virtud del principio de igualdad de acceso, los concesionarios u operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a **interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes** para todos los operadores de otros servicios que lo soliciten” (los resaltados son nuestros).

⁷ El 25 del Reglamento de Interconexión establece que: “los contratos de interconexión incluirán una cláusula que garantice la adecuación, de ser caso, de los cargos de acceso y/o condiciones económicas que les fueren aplicables, cuando una de las partes negocie con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos de acceso y/o condiciones económicas más favorables que los acordados en contratos previos para una interconexión equivalente”.

En consecuencia, puede afirmarse que por efecto de dicha conciliación el cargo derivado del sistema de repartición de ingresos, que ATT pretendía, no fue aplicado en los hechos a GILAT a partir del 01 de marzo del 2001, no habiéndose producido, por lo tanto, ninguna situación de desigualdad a favor de GILAT y en contra de ATT o de otras empresas operadoras.

Por ello, el Cuerpo Colegiado coincide con lo señalado en el Informe Instructivo, en el sentido de que en la práctica el trato otorgado a las empresas operadoras que tenían una relación de interconexión con TM, en lo que se refiere al cargo correspondiente, ha sido el mismo. Es decir, que no se han aplicado condiciones distintas para prestaciones equivalentes y, por ende, tampoco se ha generado una situación de desequilibrio entre competidores, poniendo a unos en ventaja frente a otros.

Debe añadirse que este hecho ha sido reconocido por la propia ATT en su escrito N° 3, de fecha 27 de marzo de 2002, al conocer sobre la conciliación suscrita entre TM y GILAT⁸. Asimismo, también debe señalarse que ninguna de las partes se ha opuesto en sus alegatos a la conclusión antes mencionada.

De acuerdo con lo anterior, el Cuerpo Colegiado considera que el primer punto controvertido debe ser declarado infundado.

5.2. Análisis del Segundo Punto Controvertido

En este punto debe analizarse si TM incurrió en infracción al Mandato de Interconexión N° 007-2000-GG/OSIPTEL al pretender cobrarle a ATT cargos por terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional en su red móvil distintos a los establecidos por dicha norma. En particular, corresponde determinar si TM incurrió en infracción al pretender cobrar a ATT las facturas enero/febrero 2001, que fueron emitidas aplicando el cargo correspondiente al sistema denominado “el que llama paga” en vez del cargo derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75 que era el establecido por el referido mandato.

Ha quedado demostrado en el procedimiento que las facturas enero/febrero 2001 se emitieron utilizando un sistema distinto al de repartición de ingresos 25/75 y que como consecuencia de ello se facturó una suma mayor a la que correspondería en virtud de este último sistema. Igualmente, ha quedado demostrado que la facturación efectuada se sustentó en la conciliación de tráfico que ambas empresas realizaron y consideraron válida en su momento, en tanto que ambas suscribieron las actas correspondientes.

En tal sentido, la aplicación de un cargo distinto al pactado entre las partes fue consecuencia de un error que ambas cometieron y que ninguna de ellas advirtió en su momento. La existencia de la infracción denunciada requeriría la prueba de que TM aplicó deliberadamente otro cargo, lo cual no ha sido demostrado en el procedimiento. Por el contrario, lo que ha quedado acreditado es que ATT no pagó las referidas facturas ni las observó para que fueran nuevamente emitidas, sino hasta el momento

⁸ En efecto, en dicho escrito ATT señaló lo siguiente: “(...) a la fecha, AT&T ya ha obtenido la satisfacción del interés legítimo que perseguía mediante la postulación de las pretensiones que son materia de la presente controversia. En efecto, con posterioridad a la interposición de la demanda (13 de febrero de 2002), el 25 de febrero de 2002 TM modificó el Contrato de Interconexión que tenía con Gilat estableciendo que en la relación de interconexión entre dichas empresas el cargo que se le cobrará a Gilat será US\$0,2053 por minuto de tráfico”. Asimismo, agregó que “actualmente se cumple con el principio de no discriminación, en la medida en que TM le cobra el mismo cargo a todos los operadores sin distinción alguna”.

de iniciar la presente controversia, es decir, aproximadamente 10 meses después de haberlas recibido.

En tal virtud, debe concluirse que la emisión de las referidas facturas con un cargo distinto al derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75 fue producto del error de ambas partes y no constituye una infracción por parte de TM.

Adicionalmente, TM no ha objetado dentro del procedimiento el cálculo de los cargos de interconexión efectuado por ATT para realizar el pago de los montos no controvertidos de las facturas de enero/febrero 2001, el mismo que asciende a la suma de US\$65.577,69. Incluso TM ha señalado en la contestación a la demanda que si existe algún error en la facturación efectuada, ella se encuentra dispuesta a solucionarlo (página 45), posición que ha confirmado en el segundo punto de sus alegatos. En tal sentido, puede asumirse que la suma adeudada por ATT por los referidos meses ya ha sido cancelada.

De acuerdo con lo anterior, en el Informe Instructivo se señaló que lo único que quedaba pendiente era que TM corrigiera las facturas de enero/febrero 2001 y las tuviera por canceladas. Sin embargo, TM ha planteado en sus alegatos que de considerarse que ella debe corregir sus facturas y tenerlas por canceladas, también sería necesario que ATT corrija las facturas que emitió con cargo a TM por servicios de originación de llamada y facturación y cobranzas correspondientes a los meses de enero y febrero de 2001, las cuales fueron incluidas por TM como anexo 1-T de su escrito de contestación de la demanda. En dichas facturas ATT habría efectuado una compensación unilateral de su acreencia contra la deuda que tenía a favor de TM por las facturas de enero/febrero 2001.

Al respecto, teniendo en cuenta que la emisión y compensación de facturas que adolecen de error es una materia que corresponde solucionar a las partes, el Cuerpo Colegiado considera que sólo le compete ordenar que se corrijan las facturas de enero/febrero de 2001 emitidas por TM y, en lo que corresponda, también las facturas N° 0017811 y N° 0017812 emitidas por ATT.

Finalmente, TM ha solicitado que el Cuerpo Colegiado se pronuncie sobre los alcances de una conciliación de tráfico definitiva realizada para efectos de valorizar los cargos facturables y la posibilidad de que la misma sea posteriormente revisada. Para tales efectos, TM ha señalado que el artículo 8 de la Resolución N° 037-2001-CD/OSIPTTEL⁹, dispone que: *“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”*.

Al respecto, debe indicarse que la Resolución N° 037-2001-CD/OSIPTTEL define expresamente como tráfico eficaz liquidable al tiempo acumulado de comunicación de las llamadas completadas¹⁰. Asimismo, dicha norma establece que las empresas interconectadas formularán sus respectivos reportes de tráfico mensual para fines de

⁹ Resolución N° 037-2001-CD/OSIPTTEL, Reglas aplicables al procedimiento de liquidación, facturación y pago entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones en sus relaciones de interconexión con mandato.

¹⁰ Artículo 2.- *“En el marco de su relación de interconexión, las empresas interconectadas registrarán los tráficos salientes y entrantes a su red, con el nivel de detalle que permita identificar el tráfico eficaz liquidable cursado entre ambas redes. Se entiende como tráfico eficaz liquidable al tiempo acumulado de comunicación de las llamadas completadas, expresado en la unidad de tiempo establecida en el sistema de tasación de los cargos de interconexión respectivos”* (el resaltado es nuestro).

llevar a cabo posteriormente la conciliación de tráfico global o detallada¹¹. Finalmente, como la propia TM ha señalado, la norma señala que no procederán reclamos sobre los tráficos conciliados expresamente en el acta respectiva.

De acuerdo con las disposiciones señaladas, resulta claro que la improcedencia de reclamos se refiere a la conciliación de tráfico eficaz liquidable, en la unidad de tiempo respectiva, a que las partes hayan dado lugar. En otras palabras, el Cuerpo Colegiado considera que el tráfico eficaz liquidable conciliado entre las partes tiene carácter definitivo.

En el presente caso, se produjo un error en el cargo aplicado al valorizar los tráficos correspondientes a enero y febrero de 2001, lo cual ha sido reconocido por ambas partes, por lo que resulta procedente dicha rectificación.

Al respecto, también debe tenerse en cuenta que la propia Resolución N° 037-2001-CD/OSIPTEL contempla la posibilidad de que las discrepancias entre empresas operadoras vinculadas con la determinación de los montos a pagar o al cumplimiento de las obligaciones de pago originadas en relaciones de interconexión, sean éstas relacionadas con cargos de interconexión o con retenciones de ingresos, puedan ser sometidas al procedimiento de solución de controversias¹².

Por todo lo antes expuesto, el Cuerpo Colegiado considera que el segundo punto controvertido debe ser declarado infundado y que, además, corresponde ordenar que se corrijan las facturas de enero/febrero de 2001 emitidas por TM y, en lo que corresponda, también las facturas N° 0017811 y N° 0017812 emitidas por ATT.

5.3. Análisis del Tercer Punto Controvertido

El tercer punto controvertido requiere que se analice si ATT infringió la normativa en materia de interconexión, en particular el artículo 36 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, negándose a pagar a TM el cargo de interconexión fijado por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL para la terminación de llamadas en su red de telefonía móvil. De encontrarse que ATT incurrió en dicha infracción, se procederá a analizar también si cometió un acto de competencia desleal por violación de normas¹³.

¹¹ Artículo 3.- “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 (20) días calendario siguientes a la fecha de cierre del periodo de liquidación correspondiente. (...) Las empresas deberán utilizar, según corresponda, en los reportes de tráfico a intercambiarse para la conciliación de tráfico global o detallado establecidas en la presente norma, los formatos establecidos por la Gerencia General del Osiptel, los cuales serán previamente publicados para recibir los comentarios de los interesados. (...)”.

¹² Artículo 10.- “Las discrepancias entre empresas operadoras que se vinculen a la determinación de los montos a pagar o al cumplimiento de las obligaciones de pago originadas como consecuencia de la existencia de relaciones de interconexión, sean éstas relacionadas con cargos de interconexión o con retenciones de ingresos (morosidad, facturación y cobranza, etc.), constituyen materias no arbitrables por involucrar la evaluación de presuntos actos anticompetitivos o de competencia desleal, pudiendo ser sometidas por las empresas al OSIPTEL de acuerdo al Reglamento General de Solución de Controversias en la Vía Administrativa”.

¹³ Artículo 17.- “Violación de normas. Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa”.

De acuerdo con dicha norma, la existencia de un acto de competencia desleal por violación de normas requiere del incumplimiento previo de otra norma distinta que le genere una ventaja significativa al infractor frente a sus competidores. En tal sentido, sólo podrá analizarse si se produjo el acto de competencia desleal respectivo si se determina previamente que ATT incurrió en infracción a las normas de interconexión señalada.

En otras palabras, debe determinarse si al no pagar las facturas de marzo/setiembre 2001 ATT incurrió en infracción a las disposiciones vigentes sobre cargos de interconexión, es decir, con pagar según el cargo de US\$ 0.2053 por minuto establecido por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL.

Sobre el particular, como ya se ha señalado, la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL no modificó expresamente el cargo derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75 que contemplaba el acuerdo existente entre GILAT y TM. En consecuencia, no existía certeza de que el cargo de US\$ 0.2053 fuera el aplicable a la relación de interconexión entre GILAT y TM, situación corroborada por el inicio de la controversia entre dichas empresas. Mientras no concluyera este procedimiento, era imposible afirmar que el cargo aplicable a la relación de interconexión entre dichas empresas fuera, sin lugar a dudas, el de US\$ 0.2053 por minuto, en tanto que se mantenía abierta la posibilidad de que la decisión final pudiera ser favorable a GILAT, es decir, que se declarara que el cargo aplicable era el derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75.

En tal virtud, mientras no concluyera dicho procedimiento, también existía la probabilidad de que la pretensión de ATT de acogerse al cargo derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75 fuera válida, siempre y cuando el fallo de la controversia antes mencionada favoreciera a GILAT. En otras palabras, existía la probabilidad de que ATT no tuviera que pagar el cargo de interconexión establecido por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL. De ello se deduce que no existía certeza sobre cuál sería finalmente el cargo que resultaría siendo aplicable en los hechos a GILAT y, por ende, que podría serle aplicable también a ATT.

Esta falta de certeza - que el informe instructivo ha denominado duda razonable – fue cuestionada por TM en sus alegatos y en el informe oral. En efecto, la demandada ha señalado que las infracciones al marco regulatorio de telecomunicaciones tienen carácter objetivo y que, por tanto, no admiten ni requieren que se evalúe si el incumplimiento de las normas es justificado o no para que sea sancionable.

Si bien el Cuerpo Colegiado considera que las infracciones al marco regulatorio tienen carácter objetivo, para analizar la existencia de una infracción de esta naturaleza es necesario demostrar previamente la existencia de la supuesta obligación legal cuya infracción se aduce y su aplicabilidad y/o exigibilidad a una situación de hecho concreta y determinada. Por ello, el Informe Instructivo ha procedido correctamente al someter a evaluación este paso previo y definir si efectivamente ATT incumplió con lo dispuesto por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL¹⁴.

Considerando la falta de certeza en el cargo aplicable a la relación de interconexión de GILAT y TM - o la duda razonable como la ha definido la Secretaría Técnica – se hace manifiesto que no puede afirmarse que ATT haya incumplido la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL. Fue recién cuando concluyó la controversia entre GILAT y TM en agosto de 2002, que se definió que el cargo aplicable a su relación de interconexión era el de US\$ 0.2053 por minuto. Como ya se ha indicado, la definición del cargo aplicable no se produjo a través de una resolución del Cuerpo Colegiado sobre el

¹⁴ En el informe oral realizado el 17 de setiembre de 2002, el representante de TM señaló que en un procedimiento anterior la Secretaría Técnica había concluido que existía infracción a pesar de que la demandada aceptó haber incumplido el marco regulatorio pero adujo la existencia de error, lo que confirmaría el carácter objetivo de las infracciones regulatorias. Al respecto, debe precisarse que como también lo expresó el representante de TM en dicho informe oral, en el caso mencionado hubo reconocimiento del incumplimiento por parte del demandado, situación que no se presenta en este caso y, por ende, por lo que era necesario definir si se produjo el incumplimiento alegado.

fondo de la materia controvertida, sino como consecuencia de la conciliación entre las partes.

TM ha señalado que existe diversa documentación en el expediente que demuestra que estaba aplicando a GILAT el cargo de US\$ 0.2053 por minuto y no el derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75. Al respecto, debe señalarse que toda esa documentación se refiere a la posición que tenía TM sobre dicho cargo pero de ninguna forma implica que GILAT tuviera la misma posición. Esto es tan así, que en el procedimiento entre GILAT y TM, la primera de ellas planteó todo lo contrario. En consecuencia, lo único que puede afirmarse de dicha documentación es que ATT conocía la posición de TM al respecto, pero no que ATT tuviera la certeza de que el cargo aplicable era el dispuesto por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL.

De acuerdo con lo anterior, el Cuerpo Colegiado coincide con lo señalado en el Informe Instructivo en el sentido de que no existió incumplimiento de lo dispuesto por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL por parte de ATT y, consecuentemente, no cometió la infracción denunciada. Siendo ello así, carece de sentido analizar si ATT incurrió en un acto de competencia desleal por violación de normas.

De acuerdo con lo anterior, el Cuerpo Colegiado considera que el tercer punto controvertido debe ser declarado infundado

5.4. Análisis del Cuarto Punto Controvertido

El cuarto punto controvertido supone determinar si ATT incurrió en un acto de competencia desleal en la modalidad de inducción a la infracción contractual, al inducir a GILAT a infringir sus pactos contractuales. También se denunció que ATT había inducido a TM a infringir lo dispuesto por las normas del sector telecomunicaciones, sin embargo, dicha conducta no se encuentra contemplada como infracción por el marco regulatorio ni por las normas de libre y leal competencia, por lo que no corresponde al Cuerpo Colegiado pronunciarse al respecto.

Para que se configure la inducción a la infracción contractual se requiere la existencia de una relación contractual efectiva cuyo incumplimiento se busca inducir y la existencia de una relación de competencia entre el afectado por dicho incumplimiento y quien induce a la infracción contractual. Asimismo, debe comprobarse (i) la existencia de una conducta idónea para inducir al incumplimiento, lo que debe evaluarse de acuerdo a los medios utilizados para convencer al destinatario; y, (ii) el incumplimiento de las principales obligaciones¹⁵.

De acuerdo con lo denunciado, ATT indujo a GILAT a incumplir los términos de su acuerdo de interconexión con TM, en particular a incumplir con pagar el cargo de US\$ 0.2053 por minuto que de acuerdo con TM establecía dicho acuerdo en virtud de lo dispuesto por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL. Según la demandada, ATT no sólo tenía interés en inducir a GILAT a tal incumplimiento, porque de tener éxito se le aplicaría el cargo derivado sistema de reparto de ingresos 25/75, sino que además señala que la inducción explicaba el retraso en los pagos que debieron efectuar tanto

¹⁵ Artículo 16.- “Inducción a la infracción contractual. Se considera desleal: a) La interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído. A tenor de lo dispuesto en el párrafo anterior, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto básico del mismo. Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subrogue en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.(...)”.

GILAT como ATT y que existían suficientes indicios para concluir que la inducción se produjo.

Como se advierte, la denuncia asume que el cargo correspondiente a la relación de interconexión entre TM y GILAT, al momento de producirse los hechos denunciados, era el de US\$ 0.2053 por minuto. Sin embargo, como ya ha quedado demostrado, al momento de ocurrir tales hechos no existía certeza sobre el cargo aplicable a dicha relación de interconexión. Este tema se encontraba controvertido en el procedimiento iniciado por TM contra GILAT y sólo fue definido cuando tal procedimiento concluyó luego de que ambas partes llegaron a una conciliación. En consecuencia, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que no puede afirmarse que ATT estuviera induciendo al incumplimiento del pago de un cargo que en ese momento no era exigible a GILAT, aún cuando TM afirmara lo contrario.

Finalmente, TM ha señalado en su escrito de alegatos que *“la existencia de una controversia no es un sustento valedero para incumplir la normativa”*. Al respecto, debe precisarse que en el presente caso no se está afirmando que la existencia de la controversia entre TM y GILAT justifique el incumplimiento de la normativa por GILAT o por ATT. Por el contrario, lo que se señala es que hasta que la controversia entre TM y GILAT se resolviera definitivamente no podía afirmarse con certeza que esta última empresa estaba obligada a pagar el cargo de US\$ 0.2053 por minuto, por lo que no podía producirse un incumplimiento de una obligación contractual no definida aún y tampoco la inducción a la infracción contractual de la misma.

Por lo tanto, el Cuerpo Colegiado considera que el cuarto punto controvertido debe ser declarado infundado.

5.5. Análisis del Quinto Punto Controvertido

En este punto debe determinarse si ATT incurrió en infracción del artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y del artículo 19 del Reglamento de Interconexión, al negarse a pagar de mala fe los montos no controvertidos de las facturas de enero/febrero 2001 y de las facturas de marzo/setiembre 2001.

TM señaló que ATT no pagó las facturas enero/febrero 2001, que recibió el 03 de mayo de 2001, sino hasta el 13 de febrero de 2002 previamente al inicio de la presente controversia y según el cargo derivado del sistema de repartición de ingresos 25/75. Asimismo, señaló que ATT no pagó las facturas marzo/setiembre 2001, que recibió el 26 de noviembre de 2001, observándolas y devolviéndolas el 26 de diciembre de 2001, por considerar que el cargo de US\$ 0.2053 por minuto que fue utilizado en su emisión no era el correcto. En ambos casos no habría efectuado el pago de los montos no controvertidos de mala fe por varios meses – 11 meses en el primero y hasta la actualidad en el segundo - empleando diversas justificaciones.

En cuanto a la supuesta infracción del artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, dicha norma señala la forma en que deben comportarse las personas, naturales o jurídicas, en su actividad empresarial, respetando la buena fe comercial, el normal desenvolvimiento de las actividades económicas y las normas de corrección que deben regir en el mercado¹⁶. Estas normas se encuentran destinadas a impedir conductas impropias dentro de las actividades comerciales, que se comentan

¹⁶ 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”*.

deliberadamente para dificultar el normal desarrollo de las actividades productivas o comerciales del competidor en el mercado¹⁷.

Por ello, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que el incumplimiento de mala fe de obligaciones contractuales, como la de pago de la contraprestación, no puede considerarse, por sí mismo, un comportamiento que vulnere las normas de competencia desleal. Para que ello suceda tendría que demostrarse, en el presente caso, que el no pago de ATT tenía por finalidad menoscabar la capacidad competitiva de TM, lo cual no ha sido demostrado. Asumir lo contrario, implicaría, en el extremo, que la sola falta de pago puede constituir una infracción a las normas generales de competencia desleal.

Si bien TM ha señalado en sus alegatos que el no pago de ATT la beneficio indebidamente en comparación con los demás operadores que sí pagaron el cargo de US\$ 0.2053 por minuto, debe precisarse que los efectos del acto de competencia desleal denunciado tendrían que verificarse sobre el supuesto perjudicado, es decir sobre TM, y no sobre terceras empresas, como plantea la demandada.

En consecuencia, el Cuerpo Colegiado considera que el quinto punto controvertido debe ser declarado infundado en este extremo.

Respecto del incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 19 del Reglamento de Interconexión, debe señalarse que esta norma únicamente define el momento en que se genera la obligación de pago de los cargos de interconexión. En efecto, dicha norma establece que la obligación de pago de los cargos se genera en la fecha de las actas de aceptación de las instalaciones de los puntos de interconexión entre las partes involucradas¹⁸. En virtud de esta disposición y salvo pacto o mandato en contrario, los tráficos cursados previamente a dichas actas no son objeto de pago, ya que se derivan de las pruebas realizadas para establecer el punto de interconexión. Esta norma no contempla una obligación de pago sancionable, sino la obligación de no efectuar cobros por los tráficos cursados previamente a dichas actas.

Si bien la obligación de pago se genera en la fecha de las actas de aceptación, según las normas sobre liquidación, facturación y pago en las relaciones de interconexión entre empresas operadoras, el pago resulta exigible cuando se han cursado tráficos por dichos puntos de interconexión y se ha emitido la correspondiente factura. A su vez, la emisión de esta factura ocurre luego de efectuarse las conciliaciones de tráficos entre las empresas interconectadas. El plazo máximo para el pago de las facturas emitidas es de 20 días calendario¹⁹. Además, de acuerdo con dichas normas, el

¹⁷ El Tribunal del INDECOPI considera, por ejemplo, lo siguiente: “(...) existen actos de competencia desleal que no están expresamente tipificados en la ley, como por ejemplo entorpecer la distribución de los productos del competidor, impedirle obtener envases o empaques, dificultarle hacer sus entregas en forma oportuna o destruir sus activos, entre otros, los cuales deben ser analizados dentro del marco de la cláusula general o el listado enunciativo de los actos de competencia desleal”. Resolución N° 136-1998/TDC-INDECOPI, del 20 de mayo de 1998 (Distribuidora Cristal Vladich S.C.R.L. contra Central Tumbes S.A. y Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.).

¹⁸ Artículo 19. “Salvo pacto o mandato distinto, la obligación de pago de los cargos de acceso se genera en la fecha de las actas de aceptación a que se refiere el artículo 34 del presente Reglamento, siempre que no subsistan observaciones que afecten el normal funcionamiento del sistema”.

Artículo 34. “Una vez efectuadas las pruebas a que se refiere el artículo anterior, el operador responsable de las pruebas de aceptación de acuerdo con el inciso f) del artículo 31, remitirá a OSIPTEL, en un plazo no mayor de siete (7) días calendario, copia del acta de aceptación de las instalaciones, aprobada y firmada por las partes, en la cual se incluirá, por lo menos, lo siguiente: a) Identificación de los sistemas y equipos de interconexión sometidos a prueba; b) tipo de pruebas realizadas y métodos de medición aplicados; y, c) resultados obtenidos”.

incumplimiento de pago en los plazos establecidos, sea de mala fe o no, genera automáticamente intereses, sobre la base de la tasa de interés legal sin capitalizar²⁰.

De otro lado, la vía regulatoria prevista para enfrentar los problemas surgidos del incumplimiento de pago de cargos de interconexión se encuentra prevista por la Resolución N° 052-2000-CD/OSIPTTEL, que establece un proceso de suspensión de la interconexión por incumplimiento de pago, el mismo que puede iniciarse transcurridos 15 días hábiles desde la fecha de vencimiento de la factura correspondiente.

Por último, dado su carácter contractual, el incumplimiento de pago de los cargos de interconexión faculta al acreedor a iniciar el procedimiento de pago respectivo por la vía judicial.

En tal sentido, puede afirmarse que los mecanismos previstos por el marco regulatorio de telecomunicaciones para enfrentar el incumplimiento de pago de los cargos de interconexión son, por un lado, la generación automática de intereses y, por otro, el procedimiento de suspensión que puede iniciar el operador acreedor. En tal sentido, el incumplimiento de pago de los cargos de interconexión, sea de buena o de mala fe, no constituye una infracción sancionable por el marco regulatorio de telecomunicaciones.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que TM inició el proceso de suspensión de la interconexión con ATT por incumplimiento de pago recién en enero de 2002, es decir nueve meses después de enviarle las facturas de enero/febrero 2001 sin que se produjera el pago. Igualmente, debe considerarse que TM emitió las facturas de marzo/setiembre 2001 recién en noviembre de dicho año, a pesar de que ATT solicitó en junio de 2001 que se llevaran a cabo las reuniones de conciliación de tráficos de abril y mayo. En tal sentido, tampoco puede sostenerse que TM haya adoptado oportunamente las medidas necesarias para enfrentar el incumplimiento de pago o para hacer efectivas sus acreencias.

De acuerdo con lo anterior, el Cuerpo Colegiado concluye que el quinto punto controvertido debe ser declarado improcedente en este extremo.

5.6. Análisis del Sexto Punto Controvertido

Con relación al sexto punto controvertido, ATT sostiene que para garantizar la igualdad en el tratamiento a su empresa respecto de GILAT, TM debe reconocer a favor de ATT la condonación de los intereses que pudieran existir respecto de los montos controvertidos, tal como lo hizo con GILAT en el acuerdo de conciliación celebrado con dicha empresa que puso fin a la controversia tramitada con número de expediente 006-2001.

Sobre el particular, es del caso precisar que el derecho de ATT a acogerse a las condiciones económicas mas favorables que TM pudiera pactar con otra empresa operadora, que se deriva de lo establecido en su mandato y de los principios de no discriminación e igualdad de acceso, está referido a acuerdos de interconexión, pero no se extienden automáticamente – como pretende ATT – a condiciones que no forman parte ni constituyen un compromiso u obligación relacionada con la

¹⁹ Resolución N° 037-2001-CD/OSIPTTEL, Reglas aplicables al procedimiento de liquidación, facturación y pago entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones en sus relaciones de interconexión con mandato. Materia regulada por los artículos 3-6.

²⁰ Artículo 7.- *“De no efectuarse los pagos correspondientes dentro de los plazos establecidos para ello, se devengarán automáticamente intereses, sobre la base de la tasa de interés legal sin capitalizar”.*

interconexión misma, y menos aún si son fijadas dentro de una conciliación particular que tiene por objeto dar solución a una controversia suscitada entre operadores.

En efecto, los intereses corresponden a una situación excepcional derivada del incumplimiento de pago, por lo que no pueden ser considerados como parte de las obligaciones sustanciales de un acuerdo de interconexión ni puede pretenderse su condonación en virtud de los principios de no discriminación e igualdad de acceso.

En tal sentido, el Cuerpo Colegiado considera el presente punto controvertido, debe ser declarado infundado.

5.7. Análisis del Séptimo Punto Controvertido

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

Con relación al presente punto controvertido, corresponde determinar si ATT incurrió en temeridad procesal y mala fe al interponer denuncia maliciosa, tratar de ocultar hechos cruciales relacionados con la controversia, alegar hechos contrarios a la realidad, distorsionar los hechos y acusar injustificada a TM de actuar de mala fe, tal como lo sostiene dicha empresa; y si en consecuencia corresponde la aplicación de los artículos 104° del Reglamento General de OSIPTEL y el artículo 50° del Reglamento de Infracciones.

Sobre el particular, el artículo 104° del Reglamento de OSIPTEL señala expresamente que:

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

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

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

Finalmente el artículo 112° del Código Procesal Civil dispone que:

“Artículo 112°.- Temeridad o mala fe.- Se considera que ha existido mala fe en los siguientes casos:

- 1. Cuando sea **manifiesta la carencia de fundamento jurídico** de la demanda, contestación, o medio impugnatorio;*
- 2. Cuando **a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad**; (...)”*

De los artículos antes citados, la infracción a los deberes de buena fe procesal por demanda maliciosa, se produce cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, se presente a sabiendas de la falsedad de la imputación efectuada, o de la ausencia de motivo razonable.

Es decir, ATT habría incurrido en la mencionada infracción si su demanda fuera manifiestamente infundada o carente de motivo o fundamento razonable.

Con relación a este punto, el Cuerpo Colegiado suscribe y recoge lo señalado por la Secretaría Técnica en su informe instructivo, debido a que de lo señalado en los puntos anteriores se desprende que la demanda de ATT no es manifiestamente infundada puesto que (i) el cargo utilizado en la facturación de los meses de enero y febrero efectivamente no es el cargo establecido en el mandato de interconexión, y en tal sentido existía un motivo razonable para demandar; y (ii) en el momento en el que ATT interpuso su demanda no estaba claro cuál era el cargo aplicable a la relación entre TM y GILAT, tanto así que la propia TM inició una controversia contra GILAT para que se definiera el tema, y por lo tanto no existía certeza respecto de si ATT tenía o no derecho a acogerse al sistema de distribución de ingresos 25/75.

Con respecto a las imputaciones de TM contra ATT por supuestas afirmaciones que atentan contra la buena fe procesal, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en considerar que las referidas afirmaciones constituyen la posición de ATT y su interpretación de los hechos, no configurando un supuesto de mala fe.

Debido a lo mencionado, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría en Técnica en que ATT no ha actuado de mala fe en el presente procedimiento bajo ninguna de las modalidades señaladas por TM, y por consiguiente la reconvención debe declararse infundada en este extremo.

5.8. Desglose de las Cartas Fianza

Finalmente, debe señalarse que TM ha solicitado que se requiera a ATT que cumpla con pagar los montos adeudados por el concepto de terminación de llamada en la red móvil desde el 1 de marzo de 2001 aplicando el cargo US\$ 00.2053, así como los intereses legales devengados desde el momento del vencimiento de las facturas emitidas, en el plazo de diez (10) días hábiles, bajo el apercibimiento de proceder a desglosar y entregar a TM las cartas fianzas otorgadas por ATT.

Mediante Resolución N° 001-2002-MC1-CCO/OSIPTEL el Cuerpo Colegiado ordenó a ATT otorgar a favor de TM una carta fianza por la suma de US\$ 590,000.00 para garantizar los montos controvertidos correspondientes a los meses de enero a noviembre de 2001.

Asimismo, mediante Resolución N° 005-2002-MC1-CCO/OSIPTEL se ordenó a ATT otorgar a favor de TM una carta fianza por la suma de US\$ 193,418.29 para garantizar el pago del monto controvertido correspondiente a los meses de diciembre de 2001 a febrero de 2002.

En tal sentido, habiendo ATT otorgado a favor de TM las cartas fianzas antes mencionadas y habiéndose determinado que el cargo aplicable a la relación de interconexión entre TM y ATT es de US\$ 00.2053 por minuto de tráfico eficaz, corresponde disponer el desglose de las cartas fianza otorgadas por ATT a favor de TM en garantía de los montos controvertidos en el presente procedimiento, correspondientes a los meses de marzo de 2001 a febrero de 2002 – en tanto que las facturas de enero/febrero 2001 deben ser corregidas -, si dentro en el plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de la presente resolución, dicha empresa no efectúa el pago correspondiente.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar infundada en todos sus extremos la demanda presentada por AT&T Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.C., por prácticas contrarias a la libre competencia y al marco regulatorio de telecomunicaciones.

Artículo Segundo.- Declarar improcedente la reconvención presentada por Telefónica Móviles S.A.C. contra AT&T Perú S.A. en el extremo referido a la supuesta infracción a las normas de interconexión por incumplimiento de mala fe del pago de cargos de interconexión.

Artículo Tercero.- Declarar infundada en todos sus extremos, con excepción de lo señalado en el artículo precedente, la reconvención presentada por Telefónica Móviles S.A.C. contra AT&T Perú S.A. por presuntas infracciones a las normas de libre y leal competencia y al marco regulatorio de telecomunicaciones.

Artículo Cuarto.- Ordenar que Telefónica Móviles S.A.C. corrija las facturas emitidas a nombre de AT&T Perú S.A. por los cargos de interconexión de los meses de enero y febrero de 2001 y, en lo que corresponda, que AT&T Perú S.A. corrija las facturas N° 0017811 y N° 0017812.

Artículo Quinto.- Disponer el desglose de las Cartas Fianza otorgadas por AT&T Perú S.A. a favor de Telefónica Móviles S.A.C. en garantía de los montos controvertidos en el presente procedimiento, correspondientes a los meses de marzo de 2001 a febrero de 2002, si dentro en el plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de la presente resolución, dicha empresa no efectúa el pago restante de los cargos de interconexión en función al cargo tope de US\$ 0.2053 por minuto de tráfico eficaz de tráfico más IGV.

Con el voto favorable de los miembros del Cuerpo Colegiado de OSIPTEL, señores Armando Cáceres Valderrama, Maria Teresa Capella Vargas y Sergio Salinas Rivas.

REGÍSTRESE COMUNÍQUESE.