

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 023-2008-CCO/OSIPTEL

Lima, 16 de enero de 2008

EXPEDIENTE	015-2005-CCO-ST/CD-IX
MATERIA	COMPETENCIA DESLEAL
ADMINISTRADOS	Telmex Perú S.A. Compañía Telefónica Andina S.A.

SUMILLA: Se declara **FUNDADA EN PARTE** la demanda presentada por *Telmex Perú S.A. contra Compañía Telefónica Andina S.A., referida a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en ese sentido, se impone a Compañía Telefónica Andina S.A. una multa ascendente a veintitrés Unidades Impositivas Tributarias (23 UIT).*

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Telmex Perú S.A. (en adelante, TELMEX) y Compañía Telefónica Andina S.A. (en adelante, TELEANDINA) por discrepancias derivadas de la relación de interconexión entre las partes.

VISTO:

El Expediente N° 015-2005-CCO-ST/CD-IX.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

Demandante

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

Demandada

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

II. ANTECEDENTES

Con respecto a los antecedentes de la presente controversia, este Cuerpo Colegiado se remite a lo señalado en el Informe Instructivo N° 004-ST/2007 emitido por la Secretaría Técnica con fecha 3 de julio de 2007 (en adelante, el Informe Instructivo).

III. PETITORIO DE LA DEMANDA E INCIDENCIAS PROCESALES

- 3.1. Mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2005, TELMEX formuló demanda contra TELEANDINA por supuestos actos de competencia desleal en el mercado de la prestación del servicio de televisión por cable.
- 3.2. Mediante Resolución N° 001-2005-CCO/OSIPTEL del 12 de diciembre de 2005 se requirió a TELMEX precisar su demanda.
- 3.3. TELMEX, mediante escrito presentado el 4 de enero de 2006, precisó los alcances de su demanda¹.
- 3.4. Mediante Resolución N° 002-2006-CCO/OSIPTEL del 24 de enero de 2006, se admitió parcialmente² la demanda planteada por TELMEX, únicamente en lo que se refería a su segunda pretensión principal por la supuesta comisión de actos de violación de normas tipificados en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, al haberse valido TELEANDINA de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la contravención a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en adelante, Ley de Telecomunicaciones).

De acuerdo a lo denunciado por TELMEX:

¹ Conforme a lo planteado por TELMEX, las pretensiones de su demanda fueron las siguientes:

- Primera pretensión principal: Declarar que la práctica que ha realizado TELEANDINA consistente en haber prestado servicios de llamadas de larga distancia mediante el empleo de la línea de abonado (PRI 6119500) que contrató a TELMEX, constituye un uso indebido y/o fraudulento.
- Primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Declarar que la suspensión temporal del servicio, así como el corte definitivo del mismo que ha sido efectuado por TELMEX respecto de la línea de abonado (PRI 6119500) que fue contratada por TELEANDINA, resultan válidos y fueron realizados correctamente.
- Segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Declarar que como consecuencia del uso indebido y/o fraudulento de los servicios prestados por TELMEX, no se encuentra obligada a contratar en el futuro con TELEANDINA ni con ninguna otra persona natural o jurídica vinculada con TELEANDINA, la prestación de un servicio de telefonía fija local y/o arrendamiento de circuitos.
- Segunda pretensión principal: Sancionar a TELEANDINA bajo la cláusula general establecida en el artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal), en la medida que la práctica de "by pass" que ha sido implementada por TELEANDINA es contraria a la buena fe comercial y a las normas de corrección que deben regir en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

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

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

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

3.5. Mediante escrito presentado con fecha 1 de febrero de 2006, TELEANDINA formuló lo siguiente:

- Excepción de incompetencia, debido a que consideraba que este Cuerpo Colegiado no contaba con facultades para sancionar los actos contrarios a la leal competencia, siendo el INDECOPI el órgano facultado para ello.
- Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, argumentando que no debía continuarse con la tramitación de la presente controversia porque el procedimiento de suspensión del servicio iniciado por TELMEX no había culminado con una resolución administrativa firme que haya establecido el uso indebido de los servicios de telecomunicaciones por TELEANDINA.

3.6. Mediante Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL del 27 de febrero de 2006, el Cuerpo Colegiado declaró infundadas las excepciones deducidas por TELEANDINA al considerar que :

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

3.7. Con fecha 7 de marzo de 2006 presentó apelación contra la Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL, en el extremo referido a la falta de agotamiento de la vía previa. Cabe indicar que TELEANDINA no apeló el extremo de la resolución en el cual el Cuerpo Colegiado declaró infundada la excepción de incompetencia, constituyendo este extremo cosa decidida.

3.8. Mediante Resolución N° 010-2006-TSC del 3 de abril de 2006, el Tribunal de Solución de Controversias -TSC- declaró infundada la apelación presentada por TELEANDINA y, en consecuencia, confirmó la Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL.

3.9. Con fecha 3 de julio de 2007, la Secretaría Técnica emitió el Informe Instructivo N° 004-ST/2007 materia de la presente controversia.

- 3.10. Mediante escrito de fecha 17 de julio de 2007, complementado mediante escrito de fecha 8 de agosto de 2007, TELMEX formuló sus alegatos al Informe Instructivo.
- 3.11. Mediante escrito de fecha 31 de julio de 2007, complementado mediante escritos de fechas 7 de agosto de 2007 y 23 de agosto de 2007 TELEANDINA, formuló sus alegatos al Informe Instructivo.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

4.1. Posición de TELMEX

TELMEX ha señalado lo siguiente en su demanda:

- Tal como ha quedado acreditado a partir de las inspecciones realizadas por la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL, TELEANDINA prestó servicios de llamadas de larga distancia a través del uso de la PRI 6119500 contratada a TELMEX, sin utilizar ninguno de los mecanismos establecidos por la regulación para el enrutamiento de llamadas de larga distancia, es decir, preselección, llamada por llamada o comercialización y, en consecuencia, sin asumir los costos que la regulación impone para prestar servicios.
- La práctica de “by pass” implementada por TELEANDINA “(...) es una modalidad fraudulenta de cursar tráfico de larga distancia que genera la existencia de un tráfico de llamadas clandestino que difícilmente puede ser monitoreado por la entidad reguladora”³.

4.2. Posición de TELEANDINA

TELEANDINA ha señalado lo siguiente en su contestación de la demanda:

- El presente procedimiento “(...) se encuentra incurso en causal de nulidad, resultando improcedente (...)” puesto que:
 - (i) el Cuerpo Colegiado carecía de competencia para conocer casos referidos a actos contrarios a la leal competencia;
 - (ii) no existía pronunciamiento administrativo previo que haya declarado que TELEANDINA prestó servicios de larga distancia empleando líneas de abonado contratadas a TELMEX, incurriendo con ello en uso indebido y/o fraudulento;

³ Ver escrito de aclaración de la demanda presentado por TELMEX con fecha 4 de enero de 2006.

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

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

- (iii) TELMEX llevó a cabo un procedimiento de suspensión y corte de línea de abonado en el que TELEANDINA no ha participado ni fue notificada por el OSIPTEL por lo cual no pudo ejercer su derecho de defensa. Dicho procedimiento se ha desarrollado a partir de actas de inspección que contenían serias irregularidades que determinan que no se haya cumplido cabalmente con el procedimiento; y,
 - (iv) el Cuerpo Colegiado admitió la pretensión de TELMEX como la presunta comisión de actos de violación de normas, sin determinar cuáles son las normas violadas por TELEANDINA.
- Adicionalmente, TELEANDINA ha indicado lo siguiente:
 - El suministro de la línea PRI 6119500 está directamente vinculado a los contratos suscritos entre TELEANDINA y TELMEX, como también a los suscritos entre TELMEX y Megacon Corporation con la participación de TELEANDINA, cuyo contenido no puede ser revelado por TELEANDINA toda vez que ha suscrito un convenio de confidencialidad.
 - El supuesto tráfico clandestino no es tal, pues TELMEX debe estar capacitado técnicamente para registrar el tráfico cursado a nivel de detalle, por lo que además es totalmente susceptible de fiscalización por parte de OSIPTEL.
 - TELEANDINA no ha estado compitiendo en el segmento de mercado de servicios de llamadas de larga distancia, por lo que no puede existir competencia desleal contra un servicio que no es prestado. TELEANDINA se encuentra imposibilitada de prestar servicios de llamadas telefónicas de larga distancia en la modalidad de preselección y de llamada por llamada para los usuarios y abonados de la red pública nacional que emplean terceras redes, debido a la negativa de TELMEX de prestar el servicio de tránsito conmutado.
 - TELEANDINA tiene indicios documentados de que TELMEX ha realizado concertación con terceros con el propósito de obstaculizar el ingreso de TELEANDINA al mercado de las telecomunicaciones. Dichas actuaciones de TELMEX implican la comisión de actos de competencia desleal tipificados en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

V. INFORME INSTRUCTIVO

En el Informe Instructivo, emitido el 3 de julio de 2007, la Secretaría Técnica llegó a las siguientes conclusiones:

- TELEANDINA habría efectuado un uso indebido del servicio de telefonía fija provisto por TELMEX para cursar llamadas de larga distancia internacional sin emplear la interconexión ni la comercialización que constituyen los mecanismos legales para ello y, por tanto, habría contravenido el inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones que reconoce el derecho al uso debido de los servicios de telecomunicaciones y que –a la vez- tipifica una infracción.
- No habría quedado acreditada la existencia de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificado en el artículo 17º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal cometidos por TELEANDINA

mediante el uso indebido de la línea de abonado que contrató TELEANDINA a TELMEX para prestar servicios de llamadas de larga distancia internacional. Ello toda vez que no existen evidencias suficientes de que TELEANDINA haya utilizado la posible ventaja obtenida para lograr una mejor posición en el mercado.

VI. ALEGATOS

6.1. Alegatos formulados por TELMEX

Mediante escrito de fecha 17 de julio de 2007, complementado mediante escrito de fecha 8 de agosto de 2007, TELMEX formuló sus alegatos expresando principalmente lo siguiente:

- TELEANDINA ha incurrido en actos de competencia desleal por la realización de la práctica “*by pass*” obteniendo una ventaja competitiva significativa con relación a sus competidores que prestan servicios de larga distancia en respeto de la regulación vigente.
- Respecto de la ventaja significativa, se puede concluir que una disminución de costos que percibe el infractor como consecuencia de la infracción de las normas, constituye en sí misma una ventaja respecto del resto de agentes que participan en el mismo mercado que si cumplen con dichas normas. La valoración de la ventaja dependerá del nivel de costos que es ahorrado (evitado) por el agente a través de su conducta ilícita.
- En el presente caso no estamos frente a reglas que buscan proteger la competencia en el mercado de prácticas anticompetitivas (D.L. 701). Estamos frente a reglas que simplemente buscan proteger a los agentes que actúan en el mercado respecto de conductas que por alguna razón son consideradas desleales. Por ello no será necesario acreditar que el infractor haya incrementado su participación en el mercado a costa de otros agentes, o que haya excluido o impedido el acceso a otros agente para que el acto sea materia de sanción⁴.
- De acuerdo con el análisis de la Secretaría Técnica, por la práctica “*by pass*” TELEANDINA obtuvo un ahorro de 88.5% (en el caso de una tasa de interés de 1.6%) o de 89.5% (en el caso de una tasa de interés de 5.0%) respecto del costo de prestar servicios de larga distancia por vías regulares, por tanto, TELEANDINA obtuvo un ahorro más que significativo.

6.2. Alegatos formulados por TELEANDINA

Mediante escrito de fecha 31 de julio de 2007, complementado mediante escritos de fechas 7 de agosto de 2007 y 23 de agosto de 2007 TELEANDINA, formuló sus alegatos expresando principalmente lo siguiente:

- El análisis realizado en el Informe Instructivo debió considerar lo señalado por el INDECOPI en un precedente de observancia obligatoria por medio del cual establece que el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia

⁴ Sobre el particular TELMEX agregó que el posicionamiento en el mercado por parte de TELEANDINA será un elemento que podría ser considerado en la graduación de la sanción pero no para calificar un acto de competencia desleal.

Desleal, constituye la única disposición que contiene un mandato de sanción de los actos de competencia desleal⁵.

- Sobre el procedimiento previo, TELEANDINA ha señalado que al momento que la Gerencia de Fiscalización dio trámite al pedido de TELMEX de realizar un acto de verificación de una supuesta práctica de uso indebido de la línea de abonado, el OSIPTEL debió poner en conocimiento de TELEANDINA la denuncia para ejercer su derecho de defensa. Ello, es causal de nulidad de lo actuado.
- Falta una clara y precisa definición de la práctica denunciada. Es necesario definir en forma precisa en que consiste una *“utilización indebida de un servicio de telecomunicaciones”*⁶.
- No estando determinada la norma sobre utilización de un servicio de telecomunicaciones, tal que su violación acredite que se ha configurado el uso indebido del servicio por violación de normas, no se cumple el primer requisito dispuesto por el artículo 17º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

VII. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DEL CUERPO COLEGIADO

7.1. Información solicitada a la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL

- Mediante Oficio N° 013-ST/2005 de fecha 12 de enero de 2006, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Fiscalización que remita copia de los actuados en las acciones de supervisión realizadas a solicitud de TELMEX en su local de Villa El Salvador a fin de acreditar el uso indebido de la línea de abonado por parte de TELEANDINA. En atención a este requerimiento de información, la Gerencia de Fiscalización remitió el Memorando N° 48-GFS/2006 de fecha 23 de enero de 2006 mediante el cual envió copia de los actuados relativos a las acciones de supervisión realizadas los días 15 de setiembre y 28 de octubre de 2005 a solicitud de TELMEX, a efectos de verificar los hechos materia del caso.
- Mediante Oficio N° 050-2005-CCO-ST/IX de fecha 18 de abril de 2007, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Fiscalización información relativa a los ingresos brutos de TELEANDINA por la prestación de servicios de telecomunicaciones correspondientes al periodo comprendido entre 2001 a 2006, así como los ingresos facturados y percibidos por dicha empresa correspondientes al mencionado periodo. En atención a esta solicitud, mediante Memorando N° 225-GFS/2007 de fecha 3 de mayo de 2007, la Gerencia de Fiscalización remitió la información solicitada.

7.2. Información solicitada al INDECOP

⁵ TELEANDINA indicó que debió considerarse los lineamientos, principios y criterios señalados por el INDECOP para la interpretación de normas sobre competencia desleal contenidas en la Ley 26122, que emanan de la Constitución y de las leyes de derecho material.

⁶ Sobre el particular, TELEANDINA señaló que la demandante no ha especificado las normas de carácter público e imperativo infringidas, ni tampoco se ha determinado en forma expresa las normas que se habrían violado para obtener la ventaja significativa, en ese sentido, expresó que al haberse modificado y ampliado el alcance del petitorio de la demanda corresponde declarar nulo el presente procedimiento.

- Mediante Oficio N° 402-ST/2006 de fecha 3 de agosto de 2006, la Secretaría Técnica solicitó a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando dicha entidad en materia de leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos con ocasión de los hechos materia de la presente controversia, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 78° del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL – en adelante, Reglamento de Controversias⁷.

En atención a la solicitud formulada por la Secretaría Técnica, con fecha 5 de setiembre de 2006, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI remitió mediante Oficio N° 045-2006-CCD/INDECOPI, el Informe N° 034-2006/CCD-INDECOPI.

7.3. Información solicitada al MTC

- Mediante Oficio N° 539-ST/2006 del 13 de diciembre de 2006, la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones –MTC-, informe sobre las posibles infracciones a las normas de telecomunicaciones denunciadas en la presente controversia. En atención a la solicitud formulada, el MTC emitió opinión mediante Oficio N° 0300-2007-MTC/18.02 de fecha 8 de marzo de 2007.

VIII. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS: SUPUESTA NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO

8.1. La supuesta falta de competencia del Cuerpo Colegiado

TELEANDINA ha señalado que el presente procedimiento “*se encuentra incurso en causal de nulidad, resultando improcedente*”, aludiendo que el Cuerpo Colegiado carecía de competencia para avocarse al conocimiento de la presente controversia porque no cuenta con facultades para imponer sanciones por actos contrarios a la leal competencia⁸.

Al respecto, debe señalarse que mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2006, TELEANDINA formuló excepción de incompetencia, sobre la base de los mismos argumentos expuestos en su contestación de demanda.

Sobre el particular, cabe indicar que mediante Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL del 4 de noviembre de 2005, el Cuerpo Colegiado declaró infundada la excepción de incompetencia planteada por TELEANDINA indicando que es plenamente competente para avocarse al conocimiento del presente procedimiento que versa sobre la presunta comisión de actos de

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

⁸ Sobre el particular indicó que el procedimiento para la imposición de dichas sanciones es el Procedimiento Único regulado en el Decreto Legislativo N° 807, cuya aplicación corresponde al INDECOPI.

competencia desleal en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones y, de ser el caso, imponer las sanciones respectivas.

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

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

Finalmente, se precisó que de acuerdo a lo establecido en el artículo 57° del Reglamento General del OSIPTEL -aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM¹⁰-, el procedimiento aplicable para la tramitación de los actos de competencia desleal en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones es el establecido en el Reglamento de Controversias.

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

Conforme a ello, este Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica que los argumentos esgrimidos por TELEANDINA sobre la supuesta nulidad del procedimiento por falta de competencia del Cuerpo Colegiado deben ser desestimados, puesto que esta instancia es competente para avocarse al conocimiento del presente procedimiento y por cuanto el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL constituye cosa decidida y pronunciamiento firme en sede administrativa.

8.2. La existencia de un procedimiento previo

TELEANDINA ha señalado que no existe un pronunciamiento administrativo previo que declare que dicha empresa ha prestado servicios de larga distancia empleando líneas de abonado contratadas a TELMEX, incurriendo con ello en

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

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

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

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

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

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

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

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas: Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.

uso indebido. Al respecto, señaló que TELMEX siguió un procedimiento irregular de suspensión y corte de línea de abonado en el que TELEANDINA no participó ni fue notificada por el OSIPTEL, por lo cual no pudo ejercer su derecho de defensa.

Mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2006, TELEANDINA formuló excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, argumentando que no debía continuarse con la tramitación de la presente controversia porque el procedimiento de suspensión del servicio iniciado por TELMEX no había culminado con una resolución administrativa firme que haya establecido el uso indebido de los servicios de telecomunicaciones por TELEANDINA.

Sobre el particular, debe recordarse que por Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL del 4 de noviembre de 2005, el Cuerpo Colegiado declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa previa, al considerar que el pronunciamiento previo de la autoridad competente para supervisar el cumplimiento de las normas infringidas, no constituye un requisito de admisibilidad o procedencia de las demandas sobre actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

TELEANDINA, al discrepar del pronunciamiento emitido por el Cuerpo Colegiado a este respecto, apeló la Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL en este extremo.

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

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

En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 28. 2 de la Ley N° 27336¹¹ y en el numeral 6.2.4 de los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones aprobados por la Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTEL (en adelante, Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL)¹², el TSC señaló que se encuentra legalmente establecida la posibilidad de admitir a trámite un procedimiento por competencia desleal en la modalidad de violación de normas que será conocido por los órganos de solución de controversias, sin que sea necesario el contar previamente con un pronunciamiento legal firme de que la norma regulatoria ha sido transgredida.

Al haberse pronunciado el TSC, en su oportunidad, en segunda y última instancia administrativa respecto de los argumentos formulados por TELEANDINA, dicho

¹¹ **LEY N° 27336. Artículo 28.2.-** Son independientes las infracciones administrativas relacionadas con el incumplimiento de las normas sectoriales respecto de las infracciones administrativas relacionadas con la leal o libre competencia”

¹² En los Lineamientos se establece en el acápite 6.2.4. lo siguiente:
“(…) Para determinar si se ha producido la infracción de una norma, OSIPTEL constatará la infracción directamente, a través de la Gerencia de Fiscalización, cuando le corresponda controlar su cumplimiento, de lo contrario solicitará la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar la norma que corresponda, sin que dicha opinión sea requisito para la admisibilidad de las demandas”.

pronunciamiento final emitido por el TSC constituye cosa decidida y firme en sede administrativa respecto de la necesidad de un pronunciamiento previo sobre la existencia de una contravención a las normas regulatorias.

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

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

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

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

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

8.3 La supuesta falta de determinación de las normas violadas

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

Contrariamente a lo señalado por TELEANDINA, mediante Resolución N° 002-2006-CCO/OSIPTEL, este Cuerpo Colegiado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 74° del Reglamento de Controversias, identificó los actos constitutivos de la supuesta infracción, así como la infracción materia de la controversia.

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

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

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

9.1. La definición de la práctica

En sus alegatos, TELEANDINA ha señalado que no se ha definido en forma clara y precisa la práctica denunciada, por lo que correspondía indicar en qué consistía una “*utilización indebida de un servicio de telecomunicaciones*”.

Conforme se ha indicado en párrafos precedentes, este Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 002-2006-CCO/OSIPTEL identificó como actos constitutivos de la supuesta infracción el uso indebido de un servicio de telecomunicaciones tipificado en el artículo 88° inciso 9) de la Ley de Telecomunicaciones.

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

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

(...)

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

(...)” (El subrayado es agregado)

Conforme a ello, resulta evidente que TELEANDINA tenía pleno conocimiento del uso (o utilización) no permitido de las líneas contratadas, puesto que se encontraba preestablecido, para la prestación del servicio de abonado, lo que se consideraba un uso indebido.

En ese sentido, los actos constitutivos de la infracción denunciada como supuesto uso indebido de un servicio de telecomunicaciones se encuentran previstos en el artículo 88° inciso 9) de la Ley de Telecomunicaciones, tal y como se estableció Resolución N° 002-2006-CCO/OSIPTEL.

Antes de continuar con el análisis del marco conceptual de los actos materia de controversia, cabe indicar que TELEANDINA ha señalado en sus alegatos que la Secretaría Técnica debió considerar, en el marco legal, lo señalado por el INDECOPI en un precedente de observancia obligatoria por medio del cual establece que el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, constituye la única disposición que contiene un mandato de sanción de los actos de competencia desleal¹³.

¹³ TELEANDINA indicó que debió considerarse los lineamientos, principios y criterios señalados por el INDECOPI para la interpretación de normas sobre competencia desleal contenidas en la Ley N° 26122, que emanan de la Constitución y de las leyes de derecho material.

El artículo 78º del Reglamento de Controversias, prevé que en las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitara al INDECOPI, un Informe Técnico **no vinculante** sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos¹⁴.

En ese sentido y, en la misma línea de lo previsto por los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, la opinión del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma materia de infracción no tendrá carácter vinculante para las instancias de solución de controversias y, asimismo, dicho pronunciamiento tampoco se constituye como un requisito de admisibilidad de las demandas planteadas, por lo que corresponde desestimar los argumentos de TELEANDINA al respecto.

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

9.2. **Marco Conceptual**

El artículo 17º de la Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes, debiendo dicha ventaja ser significativa¹⁵.

Los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL señalan que para que se configure la infracción citada deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que se infrinja una norma legal, cualquiera sea su rango; (ii) que dicha infracción genere una ventaja significativa para el infractor; y (iii) que el infractor se valga de tal ventaja en el mercado. Esta ventaja se determina considerando los beneficios derivados de incumplir la norma, que podrían estar representados, por ejemplo, en una disminución de costos¹⁶.

¹⁴ **REGLAMENTO DE CONTROVERSIAS. Artículo 78º.- Informe de INDECOPI.** En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitara al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.

¹⁵ **LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 17º.-** Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

¹⁶ Los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL señalan lo siguiente:

“El artículo 17 de la Ley prohíbe a las empresas valerse en el mercado de una ventaja ilícita adquirida vía la infracción de leyes. Los requisitos para que se configure la práctica desleal son tres: (i) que se produzca la infracción de una norma legal, cualquiera sea su rango; (ii) que la infracción de la norma genere una ventaja “significativa” para el infractor; y, (iii) que el infractor se valga de dicha ventaja en el mercado. (...) En lo que se refiere a la ventaja ilícita significativa a que se refiere la norma, 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 TELMEX, versan sobre actos de violación de normas configurados por el supuesto uso indebido la línea de abonado que contrató TELEANDINA a TELMEX para prestar servicios de llamadas de larga distancia, se procederá a analizar si en el presente caso se han configurado los requisitos antes mencionados.

(i) La infracción a las normas

De acuerdo a los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL para que se configure un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, se considerará la infracción de normas legales de carácter imperativo, es decir, aquellas que establecen deberes al administrado y, adicionalmente, las normas declarativas que reconocen derechos que puedan ser aprovechadas para incurrir en prácticas desleales¹⁷.

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

El inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones señala que la utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones constituye infracción grave¹⁸.

Es claro que dicha norma señala que la utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones se encuentra tipificada como una infracción. Adicionalmente, a partir de la lectura de la mencionada norma se desprende que existe un derecho de los operadores, como es el caso de TELEANDINA, a la utilización de los servicios de telecomunicaciones dentro de lo establecido en las disposiciones que regulan tal utilización, lo cual también ha sido reconocido expresamente en el artículo 3º de la Ley de Telecomunicaciones¹⁹.

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

En consecuencia, en el presente caso es necesario determinar si existen indicios de la contravención al inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones ya sea a través de (i) la comisión de una infracción o, (ii) la existencia de algún

¹⁷ Al respecto, los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL señalan lo siguiente:

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

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

¹⁸ **LEY DE TELECOMUNICACIONES. Artículo 88º.-** Constituyen infracciones graves:
(...)

9) La utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones.

¹⁹ **LEY DE TELECOMUNICACIONES. Artículo 3º.-** Toda persona tiene derecho a usar y prestar servicios de telecomunicaciones en la forma señalado por las disposiciones de la materia.

aprovechamiento indebido al derecho de uso de los servicios de telecomunicaciones reconocido en el referido artículo.

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

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

(...)

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

Conforme a lo indicado por TELMEX en su denuncia, TELEANDINA habría prestado servicios de llamadas de larga distancia a través del uso de la PRI 6119500, contraviniendo lo expresamente establecido en dicho contrato y sin utilizar ninguno de los mecanismos establecidos por la regulación para el enrutamiento de llamadas de larga distancia, es decir, interconexión (preselección o llamada por llamada) o comercialización.

En atención a ello, mediante Oficio N° 539-ST/2006, la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones del MTC que informe sobre las posibles infracciones a las normas de telecomunicaciones denunciadas en la presente controversia²⁰.

En respuesta a la solicitud formulada, el MTC emitió opinión mediante Oficio N° 0300-2007-MTC/18.02, en el siguiente sentido:

*“(...) se verificó en ese entonces que la empresa observada estuvo realizando llamadas de larga distancia con el número 611-9500 asignado a la empresa TELMEX PERU S.A., como troncal de interconexión **lo cual constituiría uso indebido del servicio, conforme a la controversia seguida ante la entidad que representa.***

*Asimismo, de los resultados contenidos en las Actas de Inspección Técnica Ns. 00545 y 000546 del 06 de febrero de 2006 se concluyó que **a la fecha la empresa no opera ni tiene equipos instalados en las direcciones correspondientes a sus centrales,** razón por la cual no existen presupuestos de infracción administrativa de competencia de esta Dirección (...)” El resaltado es nuestro. (El resaltado es nuestro).*

De la lectura del oficio remitido por el MTC se desprende que no existirían los presupuestos de una infracción administrativa en razón de que a la fecha la

²⁰ Ello de acuerdo a los siguientes términos:

*“Mediante Resolución N° 002-2005-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado admitió la demanda presentada por TELMEX y consideró que el acto constitutivo de una supuesta infracción por parte de TELEANDINA sería **el uso indebido de una línea de abonado (PRI 6119500) que contrató TELEANDINA a TELMEX para la prestación de servicios de llamadas de larga distancia, lo cual podría constituir una infracción al Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones;** y, obteniendo con tal acto una ventaja competitiva significativa ilícita.*

Asimismo, debido a que es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones la entidad encargada de supervisar el cumplimiento de la Ley de Telecomunicaciones y de sus reglamentos y demás disposiciones conexas, de conformidad con lo dispuesto en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones, les solicitamos se sirvan remitirnos vuestra opinión con relación a si la conducta denunciada por TELMEX, es decir, la utilización de una línea de abonado para prestar servicios de larga distancia constituye una infracción a las normas del sector”.

empresa no opera ni tiene equipos instalados en las direcciones correspondientes a sus centrales.

Adicionalmente a ello, el oficio del MTC expresa que existiría un uso indebido del servicio de acuerdo a los términos de la controversia seguida ante el OSIPTEL. Para sustentar esta conclusión, el MTC se basa en el Informe N° 2096-2005-MTC/18.01.0 del 10 de noviembre de 2005, el cual señala que durante las inspecciones realizadas por dicho Ministerio, el 2 de noviembre de 2005:

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

Al respecto, debe precisarse que conforme a lo señalado en la Resolución N° 007-2004-CCO/OSIPTEL emitida en Expediente N° 001-2004-CCO-ST/IX (Telefónica del Perú S.A.A. y Nortek Communications S.A.C.) por presunto incumplimiento de las normas de interconexión, conforme al marco regulatorio vigente, existen dos alternativas para poder cursar tráfico de larga distancia. La primera de ellas requiere que un concesionario del servicio portador de larga distancia haya celebrado un acuerdo de interconexión con el concesionario de la red local, sea para brindar el servicio a través del sistema de preselección, del sistema de llamada por llamada o a través de tarjetas prepago.

La segunda alternativa establecida por la normativa vigente es la comercialización de tráfico; definida por la legislación nacional como *“la posibilidad de que un concesionario compre un volumen al por mayor de tráfico y lo revenda al por menor”*. La comercialización también es conocida con el término de “reventa”.

En el caso, de acuerdo a las inspección realizadas por el MTC, TELEANDINA estaría cursando tráfico de larga distancia internacional usando indebidamente la línea de abonado provista por TELMEX y sin usar la interconexión. Adicionalmente en el presente caso, no se ha acreditado la existencia de algún acuerdo de comercialización que legitime el uso dado por TELEANDINA a la referida línea de abonado.

En consecuencia, teniendo en cuenta la opinión del MTC, este Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica que en el presente caso TELEANDINA ha efectuado un uso indebido del servicio de telefonía fija provisto por TELMEX para cursar llamadas de larga distancia internacional sin emplear la interconexión ni la comercialización que constituyen los mecanismos legales para ello y, por tanto, ha contravenido el inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones que reconoce el derecho al uso debido de los servicios de telecomunicaciones y que –a la vez- tipifica una infracción.

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

En efecto, mediante comunicación de fecha 28 de setiembre de 2005, la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL informó a TELMEX que el 15 de setiembre de 2005 se llevó a cabo la acción de supervisión solicitada en la que:

“se ha verificado que por la línea PRI N° 6119500, de titularidad de la empresa Teleandina se recibe tráfico telefónico procedente de Estados Unidos (...)”

Por lo que en nuestra opinión, **al haberse verificado el uso indebido, a la mencionada línea de abonado (PRI 6119500) le es aplicable la Resolución N° 024-99-CD/OSIPTEL** “ (El resaltado es nuestro).

Posteriormente, con fecha 27 de octubre de 2005, TELMEX solicitó a OSIPTEL la realización de una nueva acción de supervisión puesto que TELEANDINA continuaba haciendo uso indebido del servicio de abonado contratado a TELMEX.

En respuesta a dicho pedido, mediante comunicación de fecha 14 de noviembre de 2005, la Gerencia de Fiscalización informó a TELMEX que el 28 de octubre de 2005 se llevó a cabo una segunda acción de supervisión en los siguientes términos:

*“ Con fecha 28 de octubre de 2005 se llevó a cabo la acción de supervisión solicitada por su representada con el fin de verificar su denuncia en el sentido que nuevamente empresa Teleandina estaba haciendo uso indebido de la línea PRI de abonado N° 6119500 que Telmex **le brinda en virtud del Contrato N° 0657, en el sentido de que dicha línea se estaba utilizando para cursar tráfico de LDI sin utilizar la interconexión correspondiente y que había sido extendida fuera del lugar de instalación contratada, de tal manera que terminaba en ciudades de Estados Unidos de Norteamérica.***

Como resultado de esta acción de supervisión se ha verificado que al marcar los números DID suministrados por Telmex a Teleandina las llamadas terminan en ciudades de Estados Unidos (...)

*Por lo que, **en nuestra opinión, a las líneas PRI N° (...) 6119500 le son aplicables la Resolución N° 024-99-CD/OSIPTEL.***” (El resaltado es nuestro).

En sus descargos, TELEANDINA ha señalado que el Contrato N° 0657 suscrito entre las partes y en virtud del cual TELMEX proporcionó a TELEANDINA números DID para que fueran utilizados por esta última empresa de manera exclusiva para sus comunicaciones, no se encontraba suscrito por un representante legal de TELEANDINA. Al respecto, cabe señalar que contrariamente a lo señalado por TELEANDINA, de la revisión del expediente se aprecia que dicho contrato sí se encuentra debidamente suscrito por el representante de TELEANDINA.

TELEANDINA ha indicado que TELMEX no precisó el enrutamiento que seguían las llamadas ni la tecnología empleada para dicho enrutamiento. Adicionalmente, señaló que el supuesto tráfico clandestino no era tal, pues TELMEX debía estar capacitada técnicamente para registrar el tráfico cursado a nivel de detalle. Al respecto, debe indicarse que en el presente caso lo relevante es que tanto la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL así como el MTC comprobaron en su momento el uso de la línea de abonado que estaría efectuando TELEANDINA para cursar tráfico de larga distancia internacional, por lo que de acuerdo a lo sostenido por el MTC se habría acreditado dicho uso indebido.

De otro lado, TELEANDINA ha señalado que el suministro de la línea PRI 6119500 está directamente vinculado a los contratos suscritos entre TELEANDINA y TELMEX, como también a los suscritos entre TELMEX y Megacon Corporation con la participación de TELEANDINA, cuyo contenido no puede ser revelado por TELEANDINA toda vez que ha suscrito un convenio de confidencialidad. Al respecto, debe indicarse que quien alega un hecho debe probarlo, conforme a lo establecido en el artículo 196º del Código Procesal

Civil²¹. En tal sentido, TELEANDINA no ha acreditado que las relaciones contractuales a las que ha hecho alusión justifiquen o legitimen el uso que habría dado a la línea de abonado provista por TELMEX.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado considera que los argumentos esgrimidos por TELEANDINA sobre el particular deben desestimarse.

Finalmente, TELEANDINA ha señalado que tiene indicios documentados de que TELMEX ha realizado concertación con terceros con el propósito de obstaculizar el ingreso de TELEANDINA al mercado de las telecomunicaciones. Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera pertinente señalar que dichos supuestos actos no son materia de la presente controversia.

(ii) La ventaja significativa

En sus alegatos, TELMEX ha señalado que una disminución de costos que percibe el infractor como consecuencia de la infracción de las normas, constituye en sí misma una ventaja respecto del resto de agentes que participan en el mismo mercado que sí cumplen con dichas normas.

Sobre el particular, resulta pertinente anotar que existen –principalmente- dos posiciones en la doctrina que centran su análisis y ponderación de la ventaja significativa que se resume en lo siguiente:

- (i) El análisis de la ventaja significativa se realizará en función de un porcentaje mínimo de crecimiento en la participación en el mercado del agente infractor²². Es decir, evaluar el “posicionamiento” en el mercado.
- (ii) El análisis de la ventaja significativa se realizará en función del “ahorro” generado de la infracción de la norma. Es decir, la disminución en sus costos o su acceso privilegiado al mercado

Ahora bien, en la misma línea de lo esbozado por la doctrina en **(i)**, la Secretaría Técnica realizó la ponderación de la ventaja significativa considerando conjuntamente los siguientes criterios análisis: a) ahorro en costos que puede obtener una empresa operadora de larga distancia internacional (LDI) al decidir cursar tráfico mediante la opción del uso de la línea de abonado versus la opción de interconexión y, b) el desempeño de TELEANDINA en el mercado de LDI, para identificar si esta empresa logró algún “posicionamiento” en el mercado que pueda estar relacionado con la posible ventaja significativa²³.

En atención al referido análisis, en el Informe Instructivo se concluyó que si bien existía evidencia de ahorro de costos -conforme a lo descrito en a)-, dicho ahorro no podía ser considerado significativo puesto que no había quedado acreditado que TELEANDINA logró un mejor “posicionamiento” en el mercado – conforme a

²¹ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 196º.- Carga de la prueba.** Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos.

²² **RIVERA, Alfonso. “Violación de Normas. En:** El Derecho de la Competencia Desleal. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima, 2007.

²³ Cabe destacar que este análisis ha sido esbozado en anteriores pronunciamientos emitidos por los Cuerpos Colegiados, como el tramitado en el Expedientes N° 013-2005-CCO/CD, que recogen además del criterio de ahorro de costos, el criterio del análisis del “posicionamiento” en el mercado por parte del infractor frente a sus demás competidores como consecuencia de la vulneración de una norma.

lo descrito en b). En ese sentido, se consideró que no había existido ventaja significativa y por lo tanto no habría infracción al artículo 17º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

En relación con la ventaja significativa, es conveniente resaltar que ésta debe determinarse en función de un estándar de competidor que acude al mercado cumpliendo la norma vulnerada y no de un específico competidor que concurre al mercado con el infractor. Por ello, la norma de competencia desleal considera que es deber de todos los competidores acudir al mercado respetando todas las normas y disposiciones aplicables, así, es respecto de este estándar de competidor observante del derecho, que se pondera la dimensión de la ventaja desleal²⁴.

Es en esta misma línea y, no obstante la posición adoptada por la Secretaría Técnica, que este Cuerpo Colegiado ha estimado adecuado acogerse a la posición de la doctrina esbozada en el punto (ii) para analizar la dimensión de la ventaja significativa el caso en concreto, al considerar lo siguiente:

- ❖ Los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, han previsto que en lo relativo a la ventaja ilícita “significativa” a que se refiere la norma, el OSIPTEL considerará 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.
- ❖ La ventaja competitiva generada, en relación con los demás competidores que concurren en el mercado cumpliendo con la norma vulnerada, se verá reflejada en la disminución de los costos en la prestación del servicio del infractor, es decir, la obtención de un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela²⁵.
- ❖ Conforme a ello y en la misma línea de razonamiento esbozada por los Cuerpos Colegiados en las controversias tramitadas en los Expedientes Nº 002-2003-CCO/CD, Nº 007-2004-CCO/CD, Nº 002-2005-CCO/CD, Nº 005-2005-CCO/CD y Nº 009-2005-CCO/CD, se entiende que uno de los elementos relevantes para ponderar la ventaja competitiva significativa obtenida por el infractor de las normas es la disminución de

²⁴ “Para la calificación de desleal de la conducta de la violación [se requiere] el hecho de que la ventaja represente para quien la obtiene un diferencial de competitividad respecto de los restantes operadores determinante de su acceso, permanencia o triunfo en el mercado más allá de lo que en términos de competencia de prestación hubiera sido razonable esperar u obtener. En suma, dicho acceso, permanencia o triunfo debe ser resultar (sic) razonablemente más fácil para el infractor que para el operador observante del Derecho”.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “La infracción Inducida de Contratos y de Normas como Actos de Competencia Desleal”. En: La Regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991. Madrid. 1992 Cámara de Comercio e Industria. 1992. pg. 116.

²⁵ 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 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 Nº 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal”. En: Derecho, Revista editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Nº 47, 1993, pg. 59.

los costos de producción o distribución del infractor, es decir, ese “ahorro” de costos derivados de la infracción de la norma vulnerada.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado considera que para el análisis del caso en concreto de la ventaja significativa, basta considerar el ahorro en costos para acreditar la existencia de un beneficio, es decir, el ahorro que puede obtener una empresa operadora de larga distancia internacional (LDI) al decidir cursar tráfico mediante la opción del uso de la línea de abonado versus la opción de interconexión.

Conforme a lo anterior, corresponde ahora determinar si con el uso indebido de la línea de abonado PRI provista por TELMEX a TELEANDINA, esta última empresa habría obtenido alguna ventaja competitiva significativa.

En el supuesto que un operador de LDI ya cuente con una central de conmutación, equipos concentradores o colectores de tráfico, medios de transmisión para el transporte nacional y enlaces internacionales para brindar el servicio de LDI; requiere –adicionalmente- llevar a cabo un contrato de interconexión con un operador local, al cual debe pagar por diferentes conceptos, entre los cuales se encuentran el pago único por adecuación de su red local y los pagos correspondientes a los enlaces de interconexión²⁶.

Sin embargo, si un operador optara por contratar una línea PRI para cursar tráfico de LDI sólo incurriría en el costo de instalación de dicha línea y los pagos correspondientes a su mensualidad.

En este contexto, a fin de comparar ambas opciones, es decir, la opción de interconexión mediante la vía regular y la contratación de la línea PRI, se compararán los valores presentes netos de ambos escenarios²⁷, considerando algunos supuestos:

- (i) horizonte de tiempo: 5 años (60 meses), debido a que en la generalidad de contratos de interconexión se utiliza este horizonte de tiempo para el alquiler de los enlaces de interconexión (dicho costo debe ser asumido por los operadores como una inversión a 5 años).
- (ii) la tasa de interés necesarios para implementar la fórmula del valor presente neto (VPN): la tasa de interés de 1.6% por ser la tasa pasiva promedio en dólares vigente en junio de 2002 y, la tasa de 5% como un límite superior, que corresponde a la tasa libre de riesgo, correspondiente también a dicha fecha.
- (iii) Para el cálculo de los pagos mensuales correspondientes a enlaces se consideró el alquiler de solo un E1.
- (iv) Se considera que el pago por adecuación de red es compartido, debido al tamaño de la red de TELEANDINA.

En el cuadro N° 1 se muestran los valores presentes netos de ambos escenarios:

²⁶ La fuente de los conceptos involucrados en el escenario de interconexión corresponden a los contratos de interconexión revisados por el OSIPTEL.

²⁷ Cabe señalar que la utilidad de usar el valor presente neto para calcular dos alternativas, radica en que este sirve para calcular el valor presente de un determinado número de flujos de caja futuros. Asimismo, este método descuenta una determinado tipo de interés igual para todo el período considerado, el cual incorpora el valor del dinero en el tiempo.

Cuadro N° 1

Comparación del VPN para los escenarios de Interconexión y de contratación de una PRI

	Valor presente neto USD \$			
Tasa %	Escenarios		Diferencia # veces	Diferencia US\$
	Interconexión	PRI		
1.60%	51,757.00	5,949.00	9	45,808.00
5.00%	31,299.00	3,381.00	10	27,918.00

Nota:

No se consideran costos correspondientes al sistema de Preselección.

No se consideran costos variables que dependan del tráfico.

De cuadro N° 1, se observa que la diferencia entre el escenario de interconexión varía entre 9 y 10 veces más que el escenario de contratación de una PRI, dependiendo de la tasa de interés que se utilice para calcular el valor presente.

Asimismo, considerando la diferencia en términos dinerarios, se puede apreciar que a una tasa de interés de 5.00% la diferencia entre ambos escenarios es de USD 27,918.00; mientras que a una tasa del 1.60% la diferencia asciende a USD 45,808.00. Conforme a ello puede concluirse que dicho diferencial traducido en un ahorro de costos en cualquiera de los escenarios resulta significativo²⁸.

En tal sentido, existe una evidente diferencia en los costos de ambos escenarios, por lo que, a partir de los cálculos esbozados, este Cuerpo Colegiado considera que existió un ahorro de costos significativo por parte de TELEANDINA, de cuando menos ascendente a USD 27,918.00, considerando una tasa del 5% para un periodo de tiempo de 5 años conforme a lo señalado precedentemente.

En relación con el ahorro de costos en el cual habría incurrido TELEANDINA, conviene indicar que TELMEX presentó las siguientes estimaciones para calcular la ventaja significativa: (i) Cálculo del costo mensual de brindar el servicio de larga distancia a 200 clientes y (ii) Cálculo de la rentabilidad mensual de brindar el servicio de larga distancia.

En relación con el punto (i) debe indicarse que los cálculos desarrollados comparan también ambos escenarios: el de interconexión y el de contratación de una línea PRI. Sin embargo, no se han considerado estos resultados debido a que el Cuerpo Colegiado en la misma línea de la Secretaría Técnica difiere en la metodología utilizada por TELMEX.

En efecto, TELMEX estima el costo mensual de brindar el servicio de larga distancia en ambos escenarios, a través de la división de la inversión total entre el número de meses. Dicha división no toma en cuenta el valor del dinero en el tiempo, el cual debe ser considerado en un contexto en el que se están

²⁸ A mayor abundamiento, se ha considerado los costos calculados – esbozados en el cuadro N° 1- para evaluar cuánto representan en la estructura de costos de TELEANDINA. Considerando que no se cuenta con información completa se utilizará la variable de ingresos anuales facturados y percibidos reportados por TELEANDINA al OSIPTEL, como una variable que permita aproximarnos al peso de ambas opciones (la opción de la interconexión por la vía regular y la contratación de la línea PRI) en su estructura financiera. Del siguiente cuadro se puede apreciar que la diferencia entre ambos escenarios representa un 7.24% de los ingresos facturados y percibidos de TELEANDINA:

Ingresos facturados y percibidos TELEANDINA	Interconexión / Ingresos	PRI / Ingresos	Diferencia
S/. 2'200,838.00	8.18%	0.94%	7.24%

evaluando alternativas que involucren flujos de pago en un horizonte de tiempo determinado. Por tanto, al igual que lo señalado por la Secretaría Técnica considera que calcular el valor presente neto de ambos escenarios es una mejor aproximación para comparar ambas alternativas.

Con respecto al punto (ii), debe indicarse que la estimación presentada por TELMEX puede conducir a conclusiones sesgadas, debido a que utiliza conceptos diferentes para comparar una misma situación.

Por un lado, TELMEX utiliza un “ratio de rentabilidad”, el cual resulta de la división de la utilidad bruta de realizar el uso indebido de la línea de abonados, entre los ingresos brutos de TELEANDINA por esta actividad. De otro lado, calcula el EBITDA de su empresa, el cual se refiere a los beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones; los cuales no están asociados solamente a la actividad equivalente de interconexión (o preselección, como señala TELMEX). Una vez que obtiene ambos cálculos los compara y afirma la existencia de una rentabilidad “exorbitante”.

Este Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica que si bien es cierto hay una diferencia clara en costos entre ambos escenarios (PRI versus interconexión), diferencia que ya se discutió anteriormente; no es posible afirmar la existencia de una rentabilidad “exorbitante” basándose en la comparación realizada por TELMEX, debido principalmente a que los conceptos de la “ratio de rentabilidad” y el EBITDA no son los mismos y su comparación puede conducir a conclusiones sesgadas²⁹.

Por lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que sí existió un ahorro de costos significativo (ventaja significativa) por parte de TELEANDINA conforme a lo descrito anteriormente, pero no en los términos y argumentos de TELMEX sobre la existencia de una rentabilidad “exorbitante” puesto que no se ha acreditado tal existencia. En ese sentido, corresponde desestimar los argumentos de TELMEX sobre el particular.

Finalmente, cabe indicar que TELEANDINA no ha desvirtuado los argumentos sobre el “ahorro” de costos esbozado, ni tampoco obran en el expediente medios probatorios que contravengan el análisis realizado.

Por tanto, el Cuerpo Colegiado considera que en el presente caso y de los medios probatorios que obran en el expediente, ha quedado acreditada la existencia de 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.

X. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

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 graduación de sanciones establecidos en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal³⁰.

²⁹ Los referidos conceptos aluden a situaciones diferentes, porque se compara un tipo de margen por una actividad (“ratio de rentabilidad” en el escenario de enrutamiento de LDI a través de una PRI) en particular versus la rentabilidad obtenida durante un año de actividades, las cuales no sólo se refieren a dicho escenario (PRI) sino que podrían estar incluyendo otras líneas de negocio (telefonía local, telefonía pública, entre otros).

³⁰ **LEY N° 27336. Artículo 26°.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales.**

El artículo 24º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal³¹ establece 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 adoptar³².

En atención a lo anterior, el Cuerpo Colegiado estima que:

- TELEANDINA ha efectuado un uso indebido del servicio de telefonía fija provisto por TELMEX para cursar llamadas de larga distancia internacional sin emplear la interconexión ni la comercialización que constituyen los mecanismos legales para ello, a sabiendas de que dicho uso no estaba amparado en lo dispuesto en su contrato de abonado y, por tanto, ha contravenido el inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones, toda vez que la práctica “by pass” constituía un uso indebido del servicio de abonado.
- TELEANDINA obtuvo un significativo beneficio de su conducta desleal puesto que registró un beneficio ilícito o “ahorro” de cuando menos equivalente a USD 27, 918.00 a consecuencia del uso indebido de la línea PRI contratada a TELMEX, suma que cualquier operador formal debía asumir en un escenario de interconexión mediante la vía regular conforme a lo señalado en el acápite precedente. Sugerencia Lorena Alcázar

Considerando la naturaleza de la infracción y, adicionalmente, que la ventaja significativa obtenida equivale a cuando menos veintitrés (23) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) aproximadamente, este Cuerpo Colegiado considera que la graduación de la sanción deberá contemplar dichos parámetros.

De acuerdo con lo expuesto, este Cuerpo Colegiado estima por conveniente sancionar a TELEANDINA con una multa ascendente a veintitrés (23) Unidades Impositivas Tributarias (23 UIT).

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 la sanciones establecidos en dicha legislación.

³¹ **LEY SOBRE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 24º.-** 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.

³² Conforme a lo establecido en los Lineamientos de Competencia Desleal del 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”.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar FUNDADA EN PARTE la demanda presentada por Telmex Perú S.A. contra Compañía Telefónica Andina S.A., referida a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley sobre de Represión de la Competencia Desleal – Ley N° 26122, aprobado por el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, por las infracciones al inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones, de acuerdo a los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Imponer a Compañía Telefónica Andina S.A. una multa ascendente a veintitrés (23) Unidades Impositivas Tributarias (23 UIT), por los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado José Rodríguez González y Lorena Alcázar Valdivia.