



Gerencia de Relaciones Empresariales

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

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

Informe Instructivo

Informe N° 004-ST/2007

Lima, 3 de julio de 2007



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

I. OBJETIVO

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

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

II. EMPRESAS INVOLUCRADAS

Demandante

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

Demandada

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

III. ANTECEDENTES

- 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 (PRI¹ 6119500) para que fuera utilizada por esta última empresa de manera exclusiva para sus comunicaciones.

¹ Las líneas PRI son circuitos que tienen entre 10 a 30 canales para transmitir diversa información, dichas líneas se encuentran identificadas con un número telefónico. Las comunicaciones que se realizan a través de ellas toman cualquiera de los canales disponibles. Las líneas PRI se utilizaron como medios de interconexión transitoria, de conformidad con lo establecido por las Normas Complementarias en Materia de Interconexión, Resolución N° 014-99-CD/OSIPTEL.

- El 14 de setiembre de 2005, TELMEX solicitó al OSIPTEL una acción de supervisión con el objeto de verificar el uso indebido del servicio de abonados contratado por TELEANDINA. De acuerdo a TELMEX, TELEANDINA estaba utilizando la PRI 6119500 provista por TELMEX para prestar servicios de larga distancia a terceros mediante la práctica denominada “by pass”.
- En respuesta a dicha solicitud, mediante comunicación de fecha 28 de setiembre de 2005, la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL informó a TELMEX que el 15 de setiembre de 2005 se llevó a cabo la acción de supervisión solicitada en la que se verificó que *“por la línea PRI N° 6119500, de titularidad de la empresa Teleandina se recibe tráfico telefónico procedente de Estados Unidos”*. Por ello, en opinión de la Gerencia de Fiscalización *“al haberse verificado el uso indebido, a la mencionada línea de abonado (PRI 6119500) le es aplicable la Resolución N° 024-99-CD/OSIPTEL”*.
- En atención a lo indicado por la Gerencia de Fiscalización y en aplicación del procedimiento de suspensión y corte aprobado por la Resolución N° 024-99-CD/OSIPTEL entonces vigente, el 11 de octubre de 2005, TELMEX suspendió por un plazo de 15 días el servicio prestado a TELEANDINA al haberse detectado un uso indebido del mismo, poniendo en conocimiento de OSIPTEL, del MTC y de dicha empresa, la adopción de la medida en cuestión.
- Con fecha 27 de octubre de 2005, TELMEX solicitó al OSIPTEL la realización de una nueva acción de supervisión puesto que TELEANDINA continuaba haciendo uso indebido del servicio de abonado contratado a TELMEX mediante la práctica denominada “by pass”.
- En respuesta a dicha solicitud, mediante comunicación de fecha 14 de noviembre de 2005, la Gerencia de Fiscalización informó a TELMEX que el 28 de octubre de 2005 se llevó a cabo una acción de supervisión en la que se verificó que *“al marcar los números DID suministrados por Telmex a Teleandina las llamadas terminan en ciudades de Estados Unidos”* por lo cual a las *“líneas PRI N° (...) 6119500 le es aplicable la Resolución N° 024-99-CD/OSIPTEL”*.
- En atención a lo indicado por la Gerencia de Fiscalización y en aplicación del procedimiento de suspensión y corte aprobado por la Resolución N° 024-99-CD/OSIPTEL entonces vigente, el 22 de noviembre de 2005 TELMEX procedió a la desconexión definitiva del servicio prestado a TELEANDINA al haber detectado reincidencia en el uso indebido del mismo, poniendo en conocimiento de OSIPTEL, del MTC y de dicha empresa, la adopción de la medida en cuestión.

IV. PETITORIO DE LA DEMANDA- PRETENSIÓN ADMITIDA

- Mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2005², precisado por escrito de fecha 4 de enero de 2006, TELMEX formuló demanda contra TELEANDINA, solicitando al Cuerpo Colegiado las siguientes pretensiones:

² Mediante Resolución N° 001-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 12 de diciembre de 2005, el Cuerpo Colegiado solicitó a TELMEX que precise su segunda pretensión principal, así como los fundamentos que la sustentan y presente los medios probatorios correspondientes, especificando las razones por las cuales consideraba que correspondía aplicar al caso materia de la demanda, la prohibición genérica contenida en el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia

- 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 accesorio 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 accesorio 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 6º 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.
- Mediante Resolución N° 002-2006-CCO/OSIPTEL, del 24 de enero de 2006, se admitió parcialmente³ la demanda de TELEANDINA, únicamente en lo que respecta a su segunda pretensión principal pero por la supuesta comisión de actos de violación de normas tipificados en el artículo 17º 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.

V. POSICIONES DE LAS PARTES

5.1 Posición de TELMEX

Desleal, conforme a lo señalado en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el ámbito de las telecomunicaciones aprobados por Resolución N° 075-2002-CD/OSIPTEL.

³ Se declararon improcedentes las pretensiones principales y accesorias formuladas por TELEANDINA, básicamente por las siguientes razones:

- Respecto de la primera pretensión principal, el Cuerpo Colegiado señaló que no era competente para avocarse a su conocimiento, toda vez que el artículo 2º del Reglamento de Controversias y el artículo 427º del Código Procesal Civil, no lo permiten. Asimismo, conforme al artículo 135.4º del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, el competente para resolver esta pretensión es la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL, más no el Cuerpo Colegiado. Respecto de las pretensiones accesorias, éstas corren la suerte de la principal, por lo que en aplicación del artículo 87º del Código Procesal Civil, fueron también declaradas improcedentes.
- Respecto de la segunda pretensión principal, el Cuerpo Colegiado determinó que no era posible sancionar a TELEANDINA conforme al artículo 6º 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 74º 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 17º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

TELMEX ha señalado lo siguiente:

- Tal como ha quedado acreditado a partir de las inspecciones realizadas por la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL, TELEANDINA prestó servicios de llamadas de larga distancia a través del uso de la PRI 6119500 contratada a TELMEX, sin utilizar ninguno de los mecanismos establecidos por la regulación para el enrutamiento de llamadas de larga distancia, es decir, preselección, llamada por llamada o comercialización y, en consecuencia, sin asumir los costos que la regulación impone para prestar servicios.
- Al prestar servicios de larga distancia sin utilizar los mecanismos previstos en la regulación, TELEANDINA ha generado un tráfico de llamadas clandestino que no puede ser fiscalizado ni controlado por el OSIPTEL.
- Conforme ha sido señalado por el Cuerpo Colegiado, la práctica de “by pass” implementada por TELEANDINA constituye un uso indebido del servicio, por lo que es posible afirmar que dicha práctica infringe el marco regulatorio en atención a lo establecido en el inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones.
- TELEANDINA ha obtenido un ahorro considerable contraviniendo el inciso 9) del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones, lo cual constituye una ventaja significativa obtenida por la violación de una norma, bajo los términos del artículo 17º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.
- Dicho ahorro se ha 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.

5.2. Posición de TELEANDINA

TELEANDINA ha señalado lo siguiente:

- El presente procedimiento “*se encuentra incurso en causal de nulidad, resultando improcedente*” por las siguientes razones:

- El Cuerpo Colegiado carece de competencia para avocarse al conocimiento de la presente controversia porque no cuenta con facultades para imponer sanciones por actos contrarios a la leal competencia. En ese sentido, la vía para la imposición de dichas sanciones es el Procedimiento Único regulado en el Decreto Legislativo N° 807, cuya aplicación corresponde al INDECOPI.
 - En el caso, no existe un pronunciamiento administrativo previo que declare que TELEANDINA ha prestado servicios de larga distancia empleando líneas de abonado contratadas a TELMEX, incurriendo con ello en uso indebido y/o fraudulento. La falta de un pronunciamiento administrativo previo impide dar inicio a la presente controversia.
 - TELMEX llevó a cabo un procedimiento de suspensión y corte de línea de abonado en el que TELEANDINA no ha participado ni fue notificada por el OSIPTEL por lo cual no pudo ejercer su derecho de defensa. Dicho procedimiento se ha desarrollado a partir de actas de inspección que contenían serias irregularidades que determinan que no se haya cumplido cabalmente con el procedimiento.
 - El Cuerpo Colegiado ha admitido la pretensión de TELMEX como la presunta comisión de actos de violación de normas, sin determinar cuáles son las normas violadas por TELEANDINA.
- 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.

VI. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DEL CUERPO COLEGIADO

6.1 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.

6.2 Información solicitada al INDECOPI

Mediante Oficio N° 402-ST/2006 de fecha 3 de agosto de 2006, la Secretaría Técnica solicitó a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando dicha entidad en materia de leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos con ocasión de los hechos materia de la presente controversia, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 78° del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL – en adelante, Reglamento de Controversias⁴. 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.

6.3 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.

VII. LA SUPUESTA NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO

7.1 La supuesta falta de competencia del Cuerpo Colegiado

⁴ **REGLAMENTO GENERAL DE OSIPTEL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS 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.

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

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

Mediante Resolución N° 011-2005-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 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 Desleal⁵.

Finalmente, el Cuerpo Colegiado precisó que de acuerdo a lo establecido en el artículo 57° del Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM⁶, el procedimiento aplicable para la tramitación de los actos de

⁵ **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 resaltado es nuestro).

⁶ **REGLAMENTO DE 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.

competencia desleal en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones es el establecido en el Reglamento de Controversias.

La Resolución N° 011-2005-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.

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

7.2 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 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.

Por Resolución N° 011-2005-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 apeló la Resolución N° 011-2005-CCO/OSIPTEL en este extremo.

Mediante Resolución N° 010-2006-TSC/OSIPTEL del 3 de abril de 2006, el Tribunal de Solución de Controversias -TSC- declaró infundada la apelación presentado por TELEANDINA y, en consecuencia, confirmó la Resolución N° 011-2005-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° 27336⁷ 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 en Telecomunicaciones-⁸, 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.

Dicho pronunciamiento del TSC constituye cosa decidida en sede administrativa respecto del presente procedimiento, al ser la decisión final sobre el tema de la existencia de un pronunciamiento previo sobre la existencia de una contravención a las normas regulatorias.

De otro lado, 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, la Secretaría Técnica considera que los argumentos esgrimidos por TELEANDINA sobre la supuesta nulidad del procedimiento no resultan atendibles en este extremo.

Sin perjuicio de ello, 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.

7.3 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.

⁷ **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”

⁸ En los Lineamientos se establece en el acápite 6.2.4. :

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

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

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

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

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

8.1 La definición de la práctica

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

8.2 Marco Conceptual

El artículo 17° de la Ley sobre Represión de Competencia Desleal considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes, debiendo dicha ventaja ser significativa⁹.

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

⁹ **LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, ARTÍCULO 17°.-** Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

incumplir la norma, que podrían estar representados, por ejemplo, en una disminución de costos¹⁰.

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 en Telecomunicaciones para que se configure un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, el OSIPTEL 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 desleales¹¹.

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

El inciso 9º del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones señala que la utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones constituye infracción grave¹².

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

¹⁰ Los Lineamientos 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”.

¹¹ Al respecto, los Lineamientos 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.”

¹² **LEY DE TELECOMUNICACIONES, Artículo 88º.**.-Constituyen infracciones graves:

9) La utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones.

telecomunicaciones que también ha sido reconocido expresamente en el artículo 3º de la Ley de Telecomunicaciones¹³.

Es así que el inciso 9º 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 9º del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones ya sea a través de (i) la comisión de una infracción o, (ii) la existencia de algún aprovechamiento indebido al derecho de uso de los servicios de telecomunicaciones reconocido en el referido artículo.

Tal como se señaló en los antecedentes, 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, tal como lo señala la cláusula cuarta del referido contrato:

"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 controversia¹⁴.

¹³ **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.

¹⁴ 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".

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 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 controversias 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 resaltado 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, de acuerdo 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, en el presente caso 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 9º 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, tal como se ha señalado en la sección de antecedentes, por 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 Civil¹⁵. 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, la Secretaría Técnica considera que los argumentos esgrimidos por TELEANDINA en sus descargos deberían ser desestimados.

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, la Secretaría Técnica considera pertinente señalar que los referidos supuestos actos no son materia de la presente investigación.

(ii) La ventaja significativa y el uso de dicha ventaja

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 significativa y, luego, si dicha ventaja habría sido utilizada por TELEANDINA en el mercado.

En lo referido a la ventaja ilícita “significativa”, OSIPTEL considera que la misma debe determinarse evaluando los beneficios que reporta al infractor el incumplimiento de la norma. Ello se establecerá considerando que la disminución en costos o acceso privilegiado al mercado debido a la infracción de la norma, hayan sido utilizados por el infractor para competir en mejores condiciones y posicionarse más adecuadamente en el mercado¹⁶.

¹⁵ **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.

¹⁶ El criterio referido a que el uso de la ventaja significativa debe permitir al infractor obtener un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela ha sido también recogido en la Resolución N° 011-2005-CCO/OSIPTEL, emitida el 4 de noviembre de 2005 en la controversia seguida entre Telefónica del Perú S.A.A., Nortek Communications S.A.C. Limatel S.A. y Full Line S.A.C. por supuesto incumplimiento de las normas sobre interconexión, comercialización de tráfico y por actos de competencia desleal, seguida bajo el Expediente N° 015-2003-CCO-ST/IX.

De acuerdo a ello, en el presente caso se analizará por un lado, la ventaja significativa a través del 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. De otro lado, adicionalmente a este cálculo, se analizará 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 significativa.

A. Ahorro de costos

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 interconexión¹⁷.

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 escenarios¹⁸, considerando algunos supuestos, tales como el horizonte de tiempo y la tasa de interés necesarios para implementar la fórmula del valor presente neto (VPN), detallados en las notas del cuadro N° 1.

En el cuadro N° 1 se muestran los valores presentes netos de ambos escenarios. Lo que se puede observar es que la diferencia entre ambas opciones es significativa, de tal forma que 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.

Cuadro N° 1: Comparación del VPN para los escenarios de Interconexión y de contratación de una PRI

¹⁷ La fuente de los conceptos involucrados en el escenario de interconexión corresponden a los contratos de interconexión revisados por el OSIPTEL.

¹⁸ 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 un determinado tipo de interés igual para todo el período considerado, el cual incorpora el valor del dinero en el tiempo.

Valor Presente Neto		
Escenarios:		
Interconexión	51757	32299
PRI	5949	3381
Diferencia	9	10
Considerando:		
Tasa de Interés	1.6%	5.0%

Nota:

Los supuestos son:

El período de tiempo para el cálculo del VPN es de 5 años (60 meses), debido a que en la mayoría de contratos de interconexión se utiliza este horizonte de tiempo para el alquiler de los enlaces de interconexión.

Se considera que el pago por adecuación de red es compartido, debido al tamaño de la red de TLA.

Para el cálculo de los pagos mensuales correspondientes a enlaces se consideró el alquiler de solo un E1.

Se considera 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.

No se están considerando costos correspondientes al sistema de Preselección.

No se han considerado costos variables que dependan del tráfico.

Elaboración: GRE-OSIPTEL.

En tal sentido, claramente hay una diferencia en los costos de ambos escenarios y esto se observa más claramente en los cálculos desarrollados. Sobre el particular, 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.
- (ii) Cálculo de la rentabilidad mensual de brindar el servicio de larga distancia.

Con relación al 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 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 evaluando alternativas que involucran flujos de pago en un horizonte de tiempo determinado. Por tanto, 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”.

La Secretaría Técnica estima 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 sesgadas.

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).

Por lo expuesto, a partir de los cálculos elaborados por la Secretaría Técnica se puede concluir que sí existen indicios de la obtención de un ahorro de costos significativo por parte de TELEANDINA. No obstante ello, no se habría acreditado la existencia de una rentabilidad exorbitante.

En consecuencia, la Secretaría Técnica considera que sí existirían indicios de una posible ventaja que habría sido obtenida por TELEANDINA a través del ahorro de costos por el uso indebido de la línea de abonado para cursar tráfico de larga distancia.

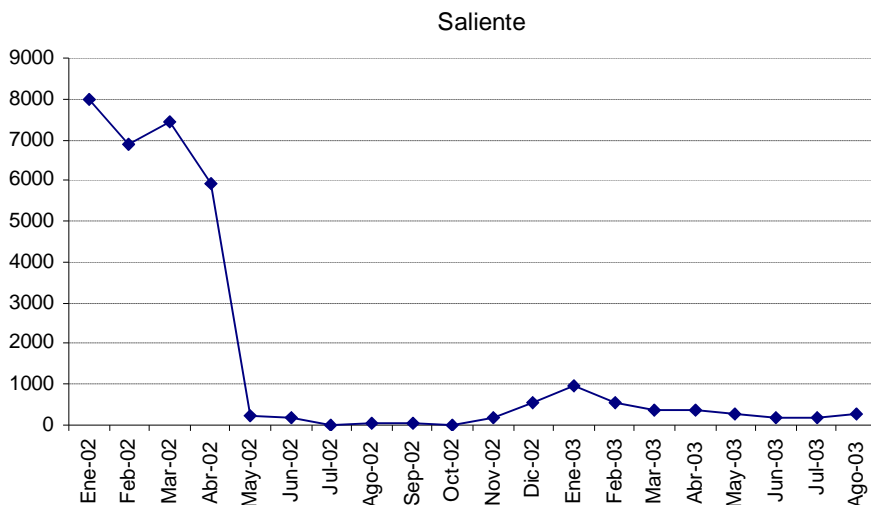
B. Desempeño de TELEANDINA en el mercado de LDI

A continuación, corresponde analizar 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 significativa.

TELEANDINA participaba en el mercado de LDI saliente y entrante. De acuerdo a la información reportada por la empresa en cumplimiento de la entrega de información periódica al OSIPTEL, en el año 2002 alcanzó una participación de 0.02% del tráfico saliente de LDI y en el año 2003, en el cual reportó tráfico de originación sólo hasta agosto, su participación fue de 0.002%.

En cuanto a la evolución del tráfico saliente de LDI de esta empresa (ver gráfico N° 1), se puede observar que los niveles alcanzados desde el año 2002 se encuentran por debajo de los 1000 minutos mensuales, a excepción de los meses enero a abril del 2002.

Gráfico N° 1: Evolución de Tráfico Saliente de LDI de Teleandina

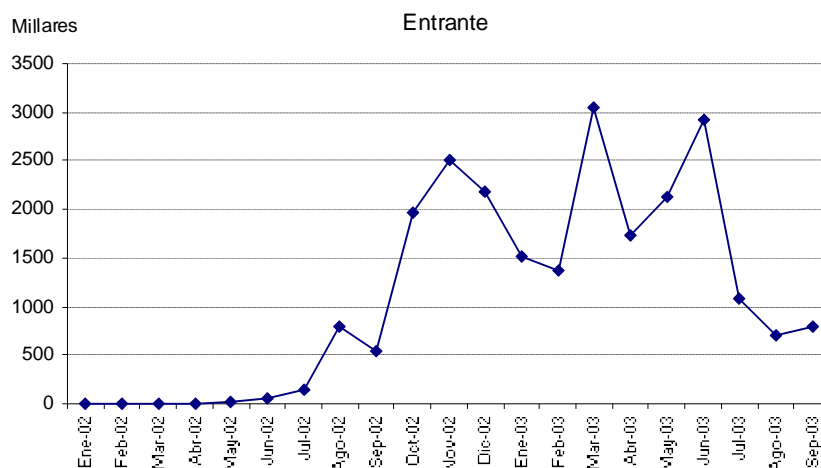


Nota: El tráfico no incluye el tráfico de LDI saliente desde la red móvil.
Fuente: Información reportada por la empresa
Elaboración: GRE-OSIPTEL.

Con respecto a la participación de TELEANDINA en el mercado de LDI entrante, a pesar de que el volumen de minutos es mayor, con relación a lo cursado en el tráfico saliente, tal como se muestra en el gráfico N° 2, esta empresa sólo alcanzó 0.8% de participación en el año 2002 y 0.98% en el año 2003, en el cual dejó de reportar tráfico en octubre.

Es importante mencionar que en la evolución del tráfico entrante reportado de LDI se identifica un crecimiento importante en junio de 2002, lo cual coincide con la fecha en la cual esta empresa contrató la línea primaria de TELMEX, no obstante luego se observa una reducción del tráfico entrante.

Gráfico N° 2: Evolución de Tráfico Entrante de LDI de Teleandina

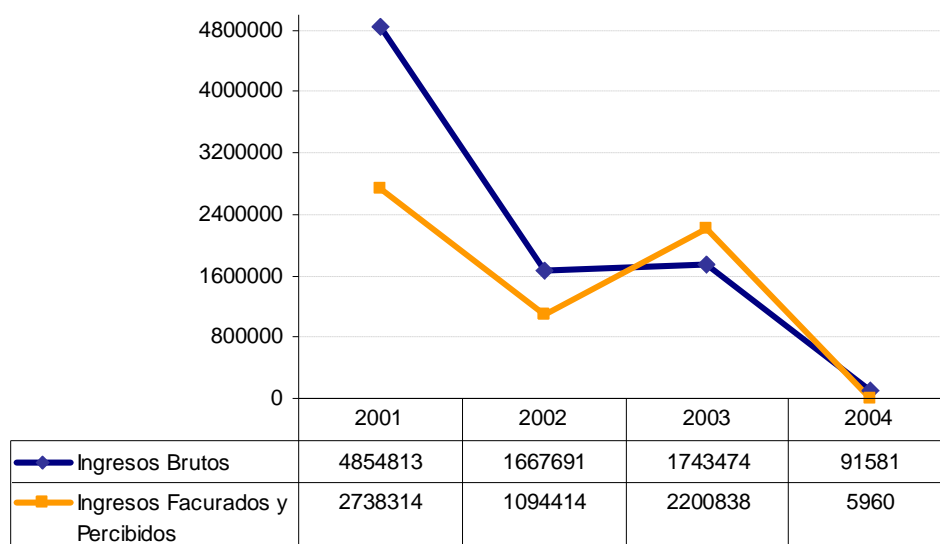


Fuente: Información reportada por la empresa
Elaboración: GRE-OSIPTEL.

Asimismo, otra variable que puede indicar el desempeño de la empresa es el ingreso. De acuerdo a información de ingresos brutos e ingresos facturados y recibidos, se puede observar que estos tienen una tendencia decreciente, la cual no existiría si hubiera un posicionamiento de esta empresa en el mercado. Asimismo, destaca la reducción significativa que hubo entre los años 2003 y 2004 (ver gráfico N° 3).

No obstante, cabe señalar que no se cuenta con información correspondiente al año 2005.

Gráfico N° 3: Evolución de Ingresos (Nuevos Soles)



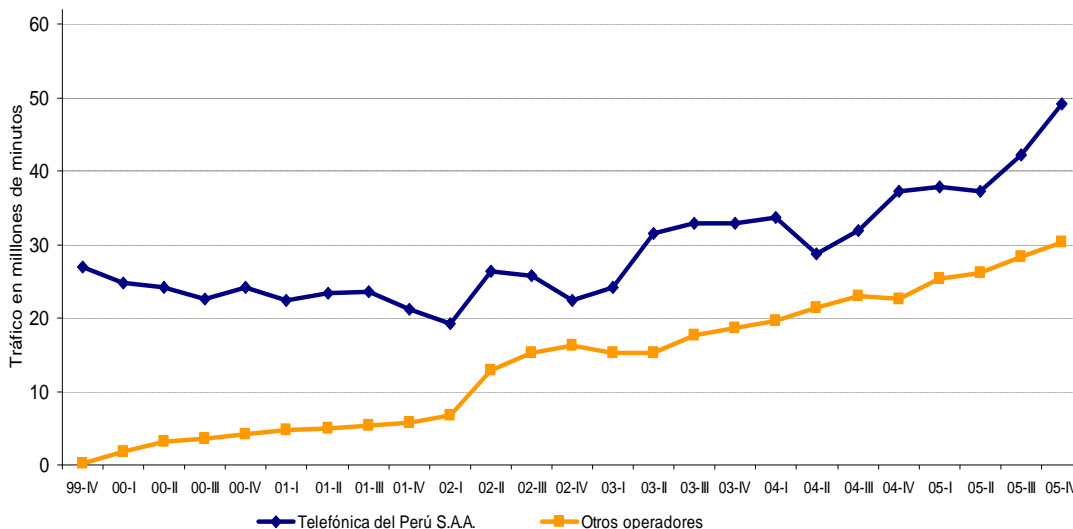
Fuente: Información reportada por la empresa
Elaboración: GRE-OSIPTEL.

Finalmente, en cuanto a los cálculos que TELMEX presenta sobre la “afectación de la demanda nacional de servicios de llamadas de larga distancia”, es importante señalar que aún cuando el monto estimado como el importe que los consumidores han destinado a la práctica denominada “*by pass*” por TELMEX, fuera el más aproximado; la afectación del mercado de larga distancia puede haber sido poco significativa, lo cual no se evidencia con el cálculo del monto de minutos dejados de realizar por vías regulares, pero que sí podría evidenciarse con la revisión del comportamiento del mercado local de servicios de larga distancia.

En este contexto, resulta conveniente evaluar el comportamiento del tráfico del mercado de LDI saliente, debido a que es este mercado el que se vería afectado según lo señalado por TELMEX.

De la revisión del tráfico LDI, se puede observar que la tendencia ha sido creciente tanto de parte del operador más importante como del resto de operadores. Asimismo, este segmento del mercado de larga distancia es uno de los más dinámicos debido a su crecimiento, las significativas participaciones de mercado alcanzadas por los entrantes (38% a diciembre de 2005) y las reducciones de precios alcanzadas.

Gráfico Nº 4: Evolución del Tráfico de Larga Distancia Internacional Saliente (1999-2005)



Nota: Se utilizó información hasta diciembre de 2005 porque el 22 de noviembre de cortó el alquiler de la línea PRI.

Fuente: Información reportada por las empresas

Elaboración: GRE-OSIPTEL.

De otro lado, si consideramos que fueron 116,254 minutos los que se dejaron de cursar a través de las vías regulares, tal como afirma TELMEX, es importante precisar que esta cantidad de minutos representa, a diciembre de 2005, 0.41% del mercado total de larga distancia internacional saliente, 0.65% del tráfico cursado por Telefónica del Perú S.A.A. y 1.10% del tráfico cursado por el resto de empresas operadoras.

En tal sentido, teniendo en cuenta estas consideraciones, la Secretaría Técnica considera que es poco probable que haya existido una afectación al mercado de LDI, tal como lo afirma la empresa denunciante.

Por lo expuesto, la Secretaría Técnica concluye que de haberse obtenido un beneficio a través del uso indebido de la línea PRI provista por TELMEX para cursar tráfico de larga distancia internacional, la ventaja que tal beneficio habría reportado no habría sido utilizada por TELEANDINA en el mercado para colocarse en una mejor posición competitiva. Tal situación se manifiesta, por ejemplo, en que TELEANDINA no parece haber logrado una mejora relevante en términos de su participación en el mercado.

Por tanto, la Secretaría Técnica considera que en el presente caso y de los medios probatorios que obran en el expediente, no habría 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.

IX. CONCLUSIONES

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

- (i) 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 88° de la Ley de Telecomunicaciones que reconoce el derecho al uso debido de los servicios de telecomunicaciones y que –a la vez- tipifica una infracción.
- (ii) No habría 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 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.

ANA ROSA MARTINELLI
Secretaria Técnica