

RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA N° 020 -98-PD/ OSIPTEL

Lima, 06 de febrero de 1998

VISTOS (i) el recurso de apelación presentado por Telefónica del Perú (en adelante, TdP) contra la Resolución N° 055-CCO-97, emitida por el Cuerpo Colegiado Ordinario (en adelante, el CCO) encargado de la controversia iniciada por Red Científica Peruana (en adelante, RCP) contra TdP, sobre comisión de actos de competencia desleal e incumplimiento contractual, (ii) el recurso de apelación presentado por RCP contra la Resolución N° 055-97-CCO, (iii) los escritos de absolución de ambas apelaciones, y (iv) el Informe N° 07-2-GU98 de la Gerencia Legal del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL).

Habiéndose realizado el Informe Oral el 22 de diciembre de 1997 solicitado por las partes, se encuentra expedita la causa para resolver .

I. ANTECEDENTES

El 21 de febrero de 1996, RCP inició una controversia contra TdP ante el OSIPTEL, señalando en el rubro "petitorio" de su escrito de demanda los siguientes pedidos (i) la abstención de TdP de seguir efectuando actos "claramente tipificados como competencia desleal" y (ii) el cumplimiento por parte de TdP de las obligaciones estipuladas en el Contrato de Concesión aprobado por Decreto Supremo N° 011-94- TC. Hace extensiva su demanda al pago de las sanciones que correspondan.

El 08 de marzo de 1996, TdP contestó la demanda negando y contradiciendo en todos sus extremos las pretensiones planteadas por RCP .

El 14 de octubre de 1997, el CCO emitió la Resolución N° 055-CCO-97, final de primera instancia administrativa, la cual (i) declaró fundada la demanda, requiriendo a TdP que cumpla con satisfacer los componentes pendientes del petitorio, ya RCP que especifique cuáles de sus pretensiones incluidas en su demanda se encuentran todavía pendientes de atención, se dispuso que la Gerencia General del OSIPTEL se encargue de la ejecución y el cumplimiento de la resolución, y se ordenó a TdP el cese del trato discriminatorio observado; (ii) declaró que TdP ha incurrido en prácticas calificadas como muy graves por el ordenamiento jurídico de abuso de posición dominante en el mercado y trato discriminatorio y desigual que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, importan actos contrarios a la libre y leal competencia; y le impuso, en consecuencia, como sanción , una multa equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT); y (iii) declaró que TdP "ha transgredido diversas estipulaciones de sus Contratos de Concesión, siendo en consecuencia aplicable el artículo 4° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones en virtud de lo cual se le impone, adicionalmente, una multa equivalente a diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)".

El 23 de octubre de 1997, TdP presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 055-CCO/97 mencionada anteriormente, El 30 de octubre de 1997 RCP absolvió el traslado del recurso de apelación presentado por TdP

El 23 de octubre de 1997, RCP presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 055-CCO/97. El 30 de octubre de 1997 TdP absolvió el traslado de dicho recurso.

Mediante Resolución N° 057-CCO-97, de fecha 31 de octubre de 1997, el CCO concedió ambas apelaciones, elevándose los actuados a la Presidencia del OSIPTEL, órgano competente para resolver en segunda instancia administrativa

II. EL RECURSO DE APELACIÓN DE TDP

Fundamentos del Recurso de Apelación

El recurso de apelación presentado por TdP se sustenta principalmente, de acuerdo con su estructura, en los siguientes argumentos: (i) la Resolución del CCO contiene un pronunciamiento que excede el petitorio contenido en la demanda, y, (ii) la Resolución debe ser revocada por que evidencia un análisis arbitrario y sesgado de los hechos y se pronuncia sobre puntos no controvertidos. TdP señala que su recurso se interpone contra todos los extremos de la Resolución N° 055-CCO-97 con excepción del análisis y conclusiones relativas a los puntos controvertidos segundo, tercero, octavo y décimo tercero.

Análisis de los fundamentos de la apelación

1. La Resolución del CCO contiene un Pronunciamiento que excede el petitorio contenido en la demanda

Señala TdP en su recurso de apelación que el petitorio contenido en la demanda de RCP se encontraba expresado con el siguiente texto: "(i) que TdP se abstuviera de seguir efectuando actos claramente tipificados como de competencia desleal; (ii) cumpliera con las obligaciones estipuladas en el contrato de concesión aprobado por Decreto Supremo 011- 94-TC; es decir, cumpliera con los servicios e instalaciones solicitados por los usuarios de RCP y de ella misma; y (iii) la imposición de las sanciones correspondientes según lo dispuesto en el Reglamento de Infracciones y sanciones en la Prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 001-96-CD/ OSIPTEL.

En tal sentido, alega la recurrente que a pesar de haber sido propuesto el petitorio de la manera señalada, el CCO resolvió sancionar a TdP imputándosele haber incurrido en actos de abuso de posición de dominio, en incumplimiento reiterado y sistemático de la Sección 8.02 del contrato de concesión por considerar inadecuada la interpretación de TdP sobre los alcances de dicha sección contractual. Considera' que las sanciones que se han impuesto a TdP no están fundadas en las imputaciones de RCP y que esto ha originado indefensión en TdP respecto de este punto. Señala además que la aplicación del artículo '111 del Título Preliminar del Código Procesal Civil -de aplicación supletoria a la presente controversia- se ha efectuado de manera irregular, ya que dicho artículo excluye la posibilidad de ampliar el petitorio de la demanda o de fundar la misma en hechos diversos a 105 alegados por las partes.

Respecto de lo alegado por TdP en cuanto a que al haber fallado sobre punto no controvertido se habría limitado su derecho a la defensa, es pertinente señalar que en el Tercer Otrosí de la demanda, RCP afirmó: "Por lo antes expuesto, al digno Cuerpo Colegiado del OSIPTEL, solicitamos una investigación profunda por vuestra parte, por la comisión de infracciones relativas al incumplimiento de las obligaciones estipuladas en la Concesión, así como libre y leal competencia aprovechando la posición de dominio en el

mercado, pues numerosos usuarios de la Red Científica Peruana RCP han referido verbalmente las presiones de funcionarios de Telefónica para que no se conecten a RCP demorando y confundiendo a los mismos con respecto a los servicios prestados por la RCP y poniendo como argumento principal la diferencia de costos en la prestación de servicios de Telefónica del Perú en caso de conectarse a "Unired" en lugar de a RCP, en forma engañosa, desleal y valiéndose de un manifiesto abuso de su posición dominante en el mercado.¹ De otro lado, TdP en el numeral 3 de su escrito de contestación de demanda, titulado "Sobre la posición de dominio", efectuó su defensa respecto a lo alegado en el Tercer Otrosí de la demanda de RCP, concluyendo que "Tal como hemos demostrado con las pruebas sobre la prestación del servicio - Parte I de la presente contestación de demanda, no existe absolutamente nada que pueda calificarse como abuso de posición de dominio por parte de Telefónica.¹¹ Es claro, en consecuencia, que la TdP ha tenido oportunidad de expresar su posición, y así lo ha hecho, respecto de la calificación por parte de RCP de los hechos materia de controversia como de abuso de posición de dominio

De lo actuado resulta, además, que la interpretación que el CCO hace la Sección 8.02 de los contratos de concesión es en el marco del análisis de los hechos que fundamentan los puntos definidos como puntos controvertidos en el proceso. Por esas razones de debe considerar que la referida sección contractual es interpretada para determinar si puede considerarse que hubo las demoras invocadas por RCP. Ello resulta necesario para definir si hubo incumplimiento y para analizar si estos incumplimientos pueden constituir una práctica contraria a las reglas de la libre y leal competencia. la calificación que se efectúe de los hechos que eventualmente se puedan considerar como contrarios a la libre o a la leal competencia, supone definir la norma jurídica aplicable, lo que es responsabilidad del órgano competente para solucionar la controversia, en este caso del CCO.

Por lo expuesto se concluye que la decisión del CCO no ha excedido el petitorio de RCP, sino que aplicó correctamente el mandato del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil y el segundo párrafo del artículo 68° del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (LNGPA).

2. La Resolución debe ser revocada puesto Que evidencia un análisis arbitrario y sesgado de los hechos y se pronuncia sobre puntos no controvertidos.

La apelación formulada por TdP cuestiona tanto la calificación de los hechos materia de controversia como infracciones contractuales o legales, como la calificación de los mismos como abuso de posición de dominio.

Para un mejor análisis de la controversia, esta instancia considera conveniente analizar, primero, si en cada uno de los puntos controvertidos materia de apelación se ha configurado una infracción contractual o legal para, posteriormente, en una análisis conjunto de los mismos, definir si puede determinarse la existencia de una conducta contraria a la libre competencia por parte de TdP.

El análisis se circunscribe a los puntos controvertidos que han sido materia de ,1pelación por parte de TdP. Por ello no procede conocer de los puntos controvertidos segundo, tercero, octavo y decimotercero. "

2.1. Análisis de los puntos controvertidos.

2.1 Primer Punto Controvertido

“Supuesta no provisión de la línea dedicada entre locales Miraflores y Monterrico de la RCP por más de un año , así como fallas intermitentes”.

TdP sostiene que ante la carencia de facilidades técnicas-reconocida en la Resolución apelada-, ofreció a RCP lo que el estado de desarrollo de la red pública a ese momento permitía ofrecer, habiendo instalado provisionalmente circuitos cuya velocidad fue posteriormente incrementada. Indica la recurrente que si no se encuentra en condiciones técnicas de satisfacer una solicitud de servicio, el solicitante tiene dos opciones: o adquiere el servicio que puede suministrar el operador o instala su propio circuito. Alega que en el presente caso, fue la opción elegida por RCP contratar los circuitos a las velocidades que suministraba en ese entonces TdP.

El CCO concluye que no hubo sustitución del pedido inicial de RCP de un circuito a la velocidad de 2 Mbps. Señala que RCP, ante la no atención de su pedido, aceptó circuitos de menor velocidad, en tanto que TdP era, en dicho período, la única empresa en posibilidad de otorgárselo; conducta que no refleja un cambio en su voluntad de contratar sino una aceptación ante las circunstancias planteadas por TdP en base a la carencia de facilidades para proveer el circuito solicitado.

El CCO considera que el pedido de RCP se efectuó mediante cartas de 12 de diciembre de 1994 y 8 de marzo de 1995. Del análisis de la primera carta mencionada, se debe concluir que esa carta no puede constituir el pedido por dos razones. En primer lugar, porque de un análisis estricto de su texto no resulta que en ella se solicite el servicio, sino que se anuncia una serie de necesidades que tendrá a: "corto plazo", de lo que no puede corregirse que esta sea la solicitud a partir de la cual se computan los 20 días para que TdP responda. De otro lado, en dicha carta se hace referencia a una línea de 2Mbps de la Central de Monterrico y la Central de Miraflores y no a una línea entre el local de RCP de ESAN y el de Miraflores. Así que es, en realidad, en la carta de 8 de marzo de 1995, donde se formula el pedido materia del presente punto controvertido

Analizado el contenido de la carta de 8 de marzo de 1995, resulta que, efectivamente, RCP solicita una línea de 2Mbps entre sus locales de Esan y de Miraflores. Sin embargo, expresamente manifiesta que 11 en caso no ser posible establecer un link de 2Mbps¹ te ruego indicarnos la máxima capacidad que tendría dicho circuito (128, 256 etc)¹¹. De la correspondencia posterior resulta claro que TdP 1 basada en la carencia de facilidades técnicas, ejecutó la segunda posibilidad planteada en la carta de RCP; es decir, la de proveer una línea menor. Que si bien es cierto que por la diferencia entre lo inicialmente requerido y lo provisto por TdP 1 podría considerarse que no se satisfacía la necesidad expresada por RCP, no puede considerarse que subsiste formalmente un pedido no atendido, cuando se ha demostrado que TdP proveyó el pedido alternativo. Cabe indicar que RCP no sólo no se alaba con suficiente claridad en su carta de 8 de marzo de 1995, que debía considerarse como subsistente su primer pedido, aun cuando se le diere la alternativa que ella misma sugería, sino que además no vuelve a mencionar su necesidad de 2Mbps en la correspondencia posterior, por lo que no puede exigirse a TdP que considerara que dicho pedido subsistía y que su no atención constituya infracción contractual y legal.

En todo caso, aún si se considerare que el pedido de 2Mbps subsistía, en el proceso se ha determinado que TdP no contaba con las facilidades técnicas para atenderlo, por lo que no existiría infracción al haber atendido al pedido supletorio propuesto por la propia demandante. Por tanto, a pesar de que el gesto de ofrecer al cliente un estudio especial revelaría una actitud positiva y diligente de la concesionaria favorecería la calificación

general de su conducta en el mercado, de la Sección 8.02 de los contratos de Concesión no resulta que exista la obligación contractual a cargo de TdP de ofrecer a RCP estudios especiales, ni de efectuarlos sin que ésta los solicite.

De lo expuesto se concluye que no puede determinarse que haya habido una falta de atención de TdP al pedido efectuado por RCP por lo que no procede confirmar la Resolución apelada en este extremo.

2.2 Cuarto punto controvertido

"Supuesta no atención al pedido de incremento de velocidad de 128 Kbps a 256 Kbps en el circuito internacional contratado con Estados Unidos".

Señala TdP que el CCO establece que la responsabilidad por la demora en el incremento del circuito, a partir del 20 de diciembre de 1995, no es responsabilidad de dicha empresa; sin embargo, apartándose de los puntos específicos controvertidos en el procedimiento de controversia, el CCO realiza un análisis de los antecedentes de la instalación del circuito y no sólo del incremento de su velocidad, y declara que TdP se negó injustificadamente a proveer el circuito a RCP; constituyendo dicho acto un abuso de posición de dominio. Alega TdP que el CCO está fundando parte de su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes, por lo que solicita revocar la decisión en este específico extremo.

Analizada la correspondencia que sirve como base para la resolución materia de apelación, resulta que el pedido formulado y el presupuesto aceptado fue por 256 Kbps por lo que si bien TdP instaló provisionalmente los 128 Kbps, al existir un presupuesto aprobado y reiterados reclamos de RCP respecto de que sólo se le había atendido los 128, no podría considerarse el pedido de incremento de velocidad como un pedido nuevo o distinto del original

No obstante lo señalado y por las mismas razones, debe también tenerse en consideración que la solicitud formulada por RCP era la de un enlace internacional a Estados Unidos por lo que no cabe diferenciar, como hace el CCO, entre el tramo local y el tramo internacional y la atención de la solicitud debe ser vista en forma integral. En tal sentido, debe analizarse las comunicaciones citadas por el CCO en los puntos 0) y s) al desarrollar el Cuarto Punto Controvertido en su documento sustento. En el mencionado literal II o" se alude a un fax de MCI, en el que esa empresa le manifiesta a TdP que su cliente no había decidido aumentar la velocidad y en el literal s) se alude a una carta de 25 de enero de 1996 (con sello de recepción de 29 de enero) en la que MCI comunica a TdP que tiene problemas financieros con GES, por lo que postergará las pruebas hasta que el cliente cumpla con sus obligaciones.

Por lo antes indicado es evidente que, en tanto no se hubiere definido que el cliente de RCP en el extranjero había decidido incrementar su velocidad a 256 Kbps, no cabía exigir que se incrementara ésta, en lo que el CCO ha definido como el tramo local, por cuanto sin el incremento en la contraparte internacional, la conexión a 256 Kbps no era técnicamente posible. En consecuencia, no puede hablarse de una demora en el tramo local, como independiente de la solución técnica que se esperaba en el extranjero

Por lo expresado siendo que no hubo una demora atribuible a TdP en la instalación del circuito de 256 Kbps no puede confirmarse la conclusión expresada por el CCO en el extremo que califica la demora en la instalación como infracción.

2.3 Quinto Sexto Séptimo y Décimo puntos controvertidos

"Supuesta no atención de solicitudes de conexión a Lima de diversas instituciones y de universidades del país agrupadas en 14 consorcios provinciales"

" Supuestamente en muchos casos, TdP ofrece condiciones más ventajosas a dichos consorcios"

"Supuesto retraso innecesario y no provisión de toda la capacidad en igualdad de condiciones con los servicios prestados por parte de TdP ".

"Aparente utilización por parte de TdP de información privilegiada para confundir l desinformar, distraer, así como orientar a su favor, para captar a iniciales miembros de la RCP hacia sus servicios"

"30 líneas dedicadas supuestamente pendientes de instalación, las mismas que no pueden concretarse por falta de atención de solicitudes por parte de TdP"

Con el recurso de vistos, TdP apela los puntos controvertidos 5°, 6°, 7° y 10°, no siendo materia de apelación el punto controvertido 8°. Con relación a dichos puntos, TdP sostiene que la controversia se refiere no sólo a los 23 casos mencionados sino a 30, aún cuando RCP no haya podido acreditar las imputaciones sostenidas respecto a los restantes 7 casos. Asimismo, indica que el CCO no ha tomado en cuenta que RCP ha contratado muchos otros servicios con TdP , respecto de los cuales no ha formulado objeción específica alguna; por tanto, concluyen que al haber restringido el CCO el universo de su análisis únicamente a los 23 casos antes mencionados, las conclusiones a las que llega resultan sesgadas.

De la revisión del expediente de la controversia resulta que TdP expone el alegato mencionado sólo desde el 23 de octubre de 1997, fecha en la cual presenta su escrito de recurso de apelación. Esto sucede dentro de un procedimiento que se inició en febrero de 1996. Cabe señalar además que en ninguna etapa de la controversia TdP presentó, ni ofreció presentar, medios probatorios respecto de los mencionados casos no incluidos en la controversia.

Con relación a los excesos en el plazo de 20 días previstos en la Sección 8.02 de los contratos de concesión, TdP sostiene que "es cierto (TdP lo ha reconocido a lo largo de todo el proceso) que en determinados casos se han producido algunas demoras en la emisión de presupuestos. En la generalidad de los casos analizados, dichas demoras no son en absolutos sensibles." Sin embargo, manifiesta TdP que ello no constituye, por sí mismo, incumplimientos contractuales, toda vez que el plazo fijado en los contratos para la emisión de presupuestos no ha sido sujetado a una regla de mora específica, quedando en consecuencia sujeto a la regla general de la mora prevista en el Artículo 1333° del Código Civil.

TdP manifiesta además, que la validez o no de su interpretación de la Sección 8.02 de los contratos de concesión no constituía punto controvertido en este procedimiento; por tanto, indica la empresa, en vista de que lo imputado por RCP a TdP son las supuestas demoras en la atención de las solicitudes de servicio presentadas, sólo si la divergencia interpretativa hubiera generado demoras en la atención de RCP, el CCO podría haber entendido que la if1terpretación de TdP sobre dicha sección contractual podría ser entendida como una maniobra dilatoria para demorar la atención de las solicitudes de servicio de RCP.

Se debe considerar que lo alegado por la empresa concesionaria carece de sustento teniendo en cuenta que, en primer lugar, RCP demandó, específicamente la solución de una controversia contra TdP a fin de que, entre otras exigencias, cumpla con las obligaciones estipuladas en los contratos de concesión aprobados por D.S. N° 011-94 –TC para lo cual RCP sostuvo la existencia de demoras administrativas innecesarias, evasión sutil de respuesta efectiva en forma sistemática y no satisfacción de servicios solicitados para conexión local, nacional e internacional.

A fin de arribar a conclusiones válidas respecto a los puntos controvertidos debe analizarse, necesariamente, los hechos involucrados y el derecho aplicable. Respecto de los puntos controvertidos 5°, 7° y 10° la norma contractual aplicable es la Sección 8.02 de los contratos de concesión; disposición cuya correcta interpretación permite evaluar si se ha dado o no retraso de atención por parte de TdP a las solicitudes de clientes de RCP

Por lo anteriormente expuesto, la decisión del CCO respecto a la evaluación de la interpretación de TdP a la Sección 8.02 -Prestación del Servicio de Arrendamiento de líneas y Circuitos- resulta no sólo correcta, sino, en particular, necesaria en mérito a la materia en controversia entre las partes del presente procedimiento

Respecto del argumento vertido por TdP, afirmando que a pesar de haberse excedido en el plazo no habría incumplimiento del contrato en virtud de que no fue constituido en mora, no se debe considerar dicho argumento como aceptable. Ello por cuanto el plazo de 20 días que fue concertado entre el Estado y la empresa concesionaria, es un compromiso de eficiencia que dicha empresa asume frente al Estado respecto del trato que dará a los usuarios del servicio materia de la concesión. En consecuencia, existe la obligación de la empresa concesionaria de observarlo independientemente de si los usuarios reclaman o no su cumplimiento, por cuanto se ha comprometido a respetar dicho plazo como conducta permanente que puede ser supervisada en cualquier momento por el Estado.

Siendo que la condición establecida en el contrato de observar el plazo mencionado, se hace en favor de los usuarios, éstos tienen el derecho de reclamar dicho incumplimiento del plazo y al haber puesto la demandante de manifiesto en la presente controversia el incumplimiento de este plazo en diversos pedidos formulados por ella, esos hechos debe ser materia de verificación y análisis, para definir si hubo la infracción que se alega.

En tal sentido, el CCO ha hecho un exhaustivo análisis de los 23 casos en los cuales existe documentación sustentatoria y del "análisis puede concluirse que ha habido incumplimientos en contestar al solicitante dentro de los 20 días. Que si bien es cierto que en 10 de los casos reportados no se determinó demoras ni irregularidades y en algunos de ellos la respuesta e incluso la instalación del servicio fue regular, en 10 casos se ha detectado que TdP se excedió del plazo y que si bien en 4 de esos casos las demoras no fueron sensibles (estuvieron entre los 8 y 15 días de exceso) en 6 casos fueron excesivas e injustificadas, llegándose incluso, en uno de los casos, a no contestarse nunca el pedido.

En síntesis, debe considerarse que, en relación a lo contemplado en la Sección 8.02 de los contratos de concesión, la remisión de la comunicación por parte de la empresa concesionaria fuera del plazo establecido de veinte (20) días siguientes a la fecha de la recepción de la solicitud, constituye en sí mismo un hecho que evidencia un incumplimiento objetivo del compromiso contractual asumido, que debe ser objeto de atención y pronunciamiento en la segunda instancia, más allá de las consecuencias que ello produzca respecto de las relaciones establecidas o por establecerse con los solicitantes de arrendamiento de líneas y circuitos

De otro lado, TdP ha reconocido en la Audiencia de Pruebas celebrada, el 10 de octubre de 1996 (obrante a fojas 001070 a 001074), en base a una particular interpretación que hace de la Sección 8.02 de los contratos de concesión, que (i) Telefónica del Perú acostumbra condicionar el presupuesto a la existencia de facilidades técnicas disponibles y que, (ii) la oferta de instalación está sujeta a la existencia de facilidades técnicas y que, en efecto, "la realidad rebasa a la normatividad" y que debe tenerse en cuenta que la planta para atender las diversas solicitudes de circuitos no es algo que se pueda "congelar" al sólo pedido del cliente

El comportamiento de TdP de emitir presupuestos (entendiendo éstos como sustitutos de las notificaciones al solicitante especificadas en la Sección 8.02 de los contratos de concesión) sujetos a "facilidades técnicas" y/o el informar que no existen facilidades técnicas sin indicar la fecha en que la empresa concesionario podrá atender la solicitud, configura un incumplimiento, pues, la disposición contractual es clara al establecer que la empresa concesionaria notificará dentro de los 20 días calendarios siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, la fecha (mes y año) en que se proporcionarán las líneas y circuitos arrendados. El no cumplir esta disposición retrasa la atención del pedido e impide al solicitante ejercer los derechos establecidos en su beneficio en los contratos de concesión.

Los incumplimientos que se han detectado en el presente procedimiento revelan violación a lo pactado en la Sección 8.02 de los contratos de concesión. Respecto de si estos hechos constituyen además una práctica contraria, a la libre y leal competencia, es conveniente efectuar ese análisis en conjunto con las conclusiones a que arribe sobre todos los hechos controvertidos en el siguiente punto de esta Resolución

Respecto de la imputación en el sentido de que TdP ha ofrecido condiciones más ventajosas a clientes inicialmente captados por RCP, se ha comprobado que TdP celebró un convenio de cooperación con la Asamblea Nacional de Rectores (ANR). Mediante este convenio se ofreció descuentos del 20% a las Universidades incluidas en el marco del referido convenio. Durante el proceso se ha demostrado que el descuento no se hizo extensivo a las referidas Universidades cuando su requerimiento se tramitó a través de RCP, sino sólo cuando se tramitó a través de UNIREN. Por lo tanto es fundada la afirmación de RCP en el sentido de que hay discriminación al no haber ofrecido TdP a las Universidades integrantes del convenio presentadas por RCP, los mismos términos y condiciones para la conexión de circuitos y líneas que los-ofrecidos si eran presentados por UNIREN. Estos hechos configuran una violación de la Sección 11.02 de los contratos de concesión y al artículo 9 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

2.4 Noveno punto controvertido

"Precios supuestamente empaquetados y/o distorsionados y/o dumping con sospecha clara en algunos casos de subvención cruzada"

Con relación al Punto Controvertido 9°, TdP sostiene que el pronunciamiento del CCO resulta arbitrario dado que ha cobrado las tarifas máximas fijas para el servicio UNIREN, que el Consejo Directivo del OSIPTEL aprobó, por lo que no podría haber incurrido en subsidios cruzados

Esta afirmación no resulta valedera en tanto que lo relevante no es si TdP excedió de la tarifa máxima aprobada por el órgano regulador sino si dejó de cargar a los CPI competidores de RCP costos que si habría cargado a RCP.

La Resolución materia de apelación establece, respecto de este punto, que del informe de la Gerencia de Estudios Económicos de OSIPTEL, resulta que los CPI se apoyan y comparten su configuración en la red de TdP, en tanto que RCP, por razones de su estrategia empresarial, ha diseñado su propia red e incurrido en costos por cada uno de los recursos que le está brindando TdP. Al evaluar la situación descrita, se debe considerar que, si bien este diseño puede constituir una desventaja para RCP, tal desventaja se origina en la configuración que RCP ha decidido implementar y no es atribuible a TdP.

De lo actuado, se desprende que es probable que sea la infraestructura diseñada por RCP la que determina la diferencia de costos en que incurre RCP frente a los costos de los CPI vinculados con TdP. En todo caso los indicios que se han manifestado en el proceso como reveladores de un subsidio, no son suficientes para llevar a la certeza de que el subsidio existe. Por tal motivo no se puede considerar procedente confirmar este extremo.

2.5 Décimo primer v Décimo segundo puntos controvertidos:

" Supuesto incumplimiento de TdP de instalación de fibra óptica solicitada con más de un año de anticipación a la interposición de la demanda"

"Supuestas maniobras dilatorias de TdP para impedir que se instale el servicio"

Manifiesta TdP, en su recurso de apelación, que a lo largo del proceso seguido ante la primera instancia administrativa, ha sostenido que efectivamente se produjo un problema en la atención de la solicitud inicial presentada por RCP; problema cuyo origen fue el desorden administrativo causado por el proceso de fusión llevado a cabo entre las ex CPT S.A. y la ex ENTEL PERÚ S.A. Esta circunstancia, indica la recurrente, debe ser evaluada conjuntamente con la actuación posterior de RCP, cuya inactividad contribuyó a que la petición se mantuviera pendiente a 10 largo de más de seis meses. Reiterado el pedido, éste fue atendido prontamente.

Con relación a lo expresado, y en concordancia con lo señalado respecto del primer punto controvertido, del tenor de la carta de RCP dirigida a CPT S.A. el 12 de diciembre de 1994, no resulta una solicitud que pueda originar el inicio del computo del plazo para que TdP conteste. Considera que la solicitud debe ser la contenida en la Carta de 7 de Julio de 1995 con la que RCP remite información complementaria, sin hacer alusión alguna a que su pedido se haya formulado meses antes o reclamando respecto de la no atención. Dicha solicitud no fue contestada por TdP sino hasta el 8 de agosto de 1995, por lo que se excedió el plazo de 20 días establecido en la Sección 8.02 de los contratos de concesión, lo que constituye infracción a la referida disposición contractual..

Respecto de las diferencias entre los 3 presupuestos remitidos a RCP por TdP, cabe indicar que si bien la Gerencia de Estudios Económicos de OSIPTEL considera que podría existir justificación técnica a una reducción en el presupuesto inicial, la justificación no coincide con la argumentación vertida por TdP, la que ha resultado inconsistente y no ha c;1portado medio probatorio alguno con relación a1 sustento de los presupuestos emitidos.

Por tal motivo, se debe considerar que las demoras producidas en la presentación presupuesto adecuado, que permitiera al cliente contratar el servicio,

fueron consecuencia directa de la presentación, por parte de TdP de presupuestos imprecisos; por tanto, resulta claro que TdP es responsable por la demora aceptación del presupuesto.

En conclusión, se ha constatado que TdP dejó injustificadamente de responder o atender el pedido de alquiler de circuitos solicitado por RCP y retrasó indebidamente la atención de la solicitud de la demandante.

2.6 Décimo cuarto punto controvertido

"Supuesta no solución por parte de TdP de los problemas de telefonía básica y de servicios hunting para el acceso de usuarios."

Con relación al punto controvertido 14°, respecto de la supuesta no solución por parte de TdP de los problemas de telefonía básica relativa a los números de la serie 444, se considera que no constituye infracción imputable a la concesionaria, pues el hecho de no haber comunicado a su cliente el requerimiento de pago en el momento en que las líneas estuvieron operativas y que ello hubiese generado retraso en la atención al pedido, no constituye infracción por cuanto TdP, no estaba obligada a brindarle el servicio solicitado mientras el interesado no cumpliera con el pago correspondiente. En tal sentido pese a que el haber recordado la necesidad de pago previo revelaría una diligencia en la actuación de TdP que favorecería la calificación de su conducta integral en el mercado, el hecho de que TdP no haya exigido el pago al momento de informar que las líneas habían sido instaladas no puede constituir, como el CCO señala, ocultamiento de información pues era una información que RCP si conocía.

Con relación a los problemas relacionados con el hunting para acceso de usuarios de la serie 437, se considera que hay responsabilidad de TdP en no haber informado correctamente el cambio de numeración, lo que impidió el uso de la facilidad solicitada después de que la concesionaria ya había informado que se encontraba operativa.

Si bien no existe una infracción legal o contractual, existe una conducta negligente por parte de TdP respecto de los servicios de telefonía básica contratados por RCP.

3.- Infracciones a la Competencia

Es materia de apelación la calificación efectuada por el CCO de la conducta de TdP como contraria a las practicas que rigen la leal y libre competencia y, específicamente, como abuso de posición dominante por parte de esta empresa en perjuicio de RCP

Como ya se expresó en el punto anterior, siendo que la definición respecto de si ha habido o no una infracción a la libre competencia está basada en el análisis de una serie de indicios, que corresponde analizar de acuerdo a las reglas d el artículo 276 del Código Procesal Civil, la segunda instancia debe evaluar la conducta de TOP en su conjunto, a fin de determinar si lo actuado en el procedimiento le lleva a la certeza de que ha existido un ,1buso de posición de dominio de TdP en perjuicio de RCP.

Para tal efecto es necesario definir el mercado relevantes vlo afectado por la supuesta práctica contra la libre competencia, a fin de que, una vez definido esto, se determine si existe una posición de dominio y si se ha abusado de la misma. En este caso se dan dos mercados que es preciso identificar para evaluar las imputaciones que se efectúan a TdP.

El primer mercado es el que, en forma general, podemos llamar de servicios de transmisión de señales. En este caso específico nos interesa el mercado de provisión de arrendamiento de líneas y circuitos. De acuerdo a lo establecido en Legislación aplicable y en los contratos de concesión, estos servicios están en concurrencia limitada hasta junio de 1999 siendo, hasta esa fecha, TdP el único concesionario que puede proveer servicios de transporte de señales de telecomunicaciones, tales como telefonía fija, así como servicios portadores de larga distancia nacional. En el servicio portador local el régimen establecido es de libre competencia.. Sin embargo es preciso señalar que recién en diciembre de 1996 se inició la oferta de servicios por otras empresas distintas a TdP (T ele2000 y Resetel). En consecuencia, es indiscutible que, a la fecha en que se dan los hechos materia de controversia, TdP tenía posición de dominio en este mercado.

El segundo mercado es el de la provisión de acceso a INTERNET. Para el servicio de INTERNET los interesados pueden acceder a través de dos modalidades, de acuerdo al tipo de medio de transmisión utilizado, según sean medios de transmisión conmutados o dedicados.

RCP ofrece y brinda el acceso a INTERNET a usuarios tanto en la modalidad de accesos conmutados como dedicados. TdP ofrece el servicio de INTERNET a través del nombre comercial UNIRED, a usuarios dedicados, a los que denomina Centros Proveedores de Información (CPI). Los CPI pueden ser proveedores o clientes de servicios de información o proveedores de servicio de INTERNET. TdP compite con RCP en la provisión de acceso a INTERNET a través del medio de acceso dedicado. En estricto sentido, no compite con RCP en la provisión de acceso a INTERNET a través del medio de acceso conmutado, pues quienes compiten en ese ámbito con RCP, son los CPI que contratan con TdP el medio de acceso dedicado, para convertirse en proveedores de servicios de INTERNET. Puede concluirse entonces, que TdP y RCP son competidores en el mercado de acceso a INTERNET en la atención al segmento de demanda que solicita servicios a través del medio dedicado. Entre los clientes de TdP, están los competidores de RCP en provisión de INTERNET a través del medio conmutado.

Los servicios que TdP ofrece en el primer mercado descrito son necesarios para cualquier proveedor de servicios de acceso, tanto dedicado como conmutado a INTERNET. En consecuencia, una conducta de TdP que suponga establecer trabas en la obtención de servicios en el mercado en el que tiene posición de dominio, puede afectar el mercado en el cual compite con RCP .

La imputación que se efectúa a TdP en este proceso, consiste en que TdP ha observado una conducta que consiste en denegar (a través de retrasos y demoras en responder a las solicitudes y en efectuar las instalaciones) los servicios que le solicita RCP para atender a sus clientes y que esa conducta perjudica a RCP. y favorece a sus competidores, entre los cuales está directamente la propia TdP y los CPI clientes de TdP.

En este proceso, se ha evidenciado infracciones cometidas por TdP, en la atención de las solicitudes de RCP y que han sido señaladas al analizar los distintos puntos de controversia. A los actos u omisiones que constituyen infracción, se suman hechos y conductas que sin llegar a constituir por si mismos infracciones sancionables, revelan una injustificada falta de interés y de diligencia por parte de TdP en atender a RCP. Es indudable que la conducta de TdP en la atención deficiente de las necesidades de RCP para el servicio que brinda, afectan la calidad del servicio de ésta, sin que ella tenga capacidad de respuesta, al ser TdP la única empresa que puede proveerle los servicios que requiere para atender a sus usuarios. En tal sentido, objetivamente, la conducta ilegal en los casos de las infracciones y displicente o negligente en otros casos, afecta el servicio que brinda RCP .Es

también un hecho objetivo que siendo TdP competidor de RCP al afectar con sus hechos la eficiencia de RCP, está en capacidad de favorecerse a sí misma. Esta conducta sumada a la falta de cooperación que ha revelado TdP a lo largo del proceso negándose injustificadamente a entregar elementos probatorios que le fueron requeridos por el CCO, llevan a la certeza de que TDP ha abusado de su posición de dominio en el mercado de servicios portadores y ha afectado el mercado de provisión de servicios de INTERNET.

De acuerdo a lo establecido en la Sección 11.01 de los contratos de concesión, la empresa concesionaria se ha comprometido a no realizar directa ni indirectamente cualquier acto que signifique el aprovechamiento de su posición de dominio en el mercado en la prestación de los servicios concedidos con el objeto de obtener alguna ventaja que impida, limite, restrinja, distorsione o en general afecte la leal competencia entre empresas. En adición a esto, el artículo 9° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, define que, por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de Telecomunicaciones que es soporte de otros servicios o que tiene posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia

En consecuencia no procede la apelación de TdP en cuanto a impugna la calificación de su conducta como contraria a las normas de libre competencia contenidas en la Sección 11.01 de los contratos de concesión y el artículo 9° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones

III. EL RECURSO DE APELACIÓN DE RCP

Fundamentos del Recurso de Apelación:

El recurso de apelación presentado por RCP se dirige únicamente a la parte que establece las sanciones aplicables a TdP. Se sustenta en los siguientes argumentos: (i) el CCO debió sancionar a TdP con 50 UIT por violación de condiciones esenciales de su Contrato de Concesión, y (ii) los actos contra la libre competencia debieron ser sancionados de acuerdo a los parámetros señalados en el Decreto Legislativo N° 701.

Análisis de los fundamentos de la apelación

Para evaluar la apelación es preciso tener en cuenta que en el sector de los servicios públicos de telecomunicaciones, OSIPTEL aplica la normativa de telecomunicaciones, y específicamente la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento General. En tal sentido, la potestad sancionadora de OSIPTEL se encuentra constreñida a los límites establecidos en la Ley de Telecomunicaciones. Dicha Ley establece una escala de multas (Art. 900, 91° y 92° de la Ley) para las infracciones verificadas dentro del Sector; cuya graduación es distinta a la contenida en el Decreto Legislativo N° 701 y normas modificatorias. Ello determinó que : OSIPTEL, en el RGIS, incluyendo como supuestos la comisión de actos de abuso de posición ; de dominio, adecuara a la escala de multas prevista para el Sector Telecomunicaciones, las sanciones para infracciones contra la libre competencia.

Adicionalmente cabe señalar que si bien el artículo 28° del RGIS contiene una remisión al Decreto legislativo N° 701, dicha remisión está circunscrita sólo a determinados aspectos que no involucra el monto de las multas a imponer, por lo cual carece de sustento lo expresado en este extremo por RCP .

Es preciso tener en cuenta el texto de los siguientes artículos del RGIS: el artículo 3° establece que "La empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones que incumpla con las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión incurrirá en infracción muy grave y será sancionada con una multa equivalente a entre treinta (30) y cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)l. A su vez, el artículo 4° señala que "la empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones que incumpla con otras condiciones establecidas en la concesión no contempladas como esenciales incurrirá en infracción leve y será sancionada con una multa equivalente a entre media (0.5) y diez (10) UIT."

Es claro que el RGIS ha establecido una graduación de las infracciones referidas al incumplimiento de las obligaciones estipuladas en la concesión. En tal sentido, determina criterios objetivos que conducen a uno u otro monto de sanción. Estos criterios objetivos expresados en una norma de carácter general no pueden ser variados por el juzgador en el procedimiento administrativo que corresponde; de hacerlo así, se produciría una violación de dichas normas por parte del propio órgano administrativo encargado de aplicarlas.

Por lo expuesto, respecto de este punto, el CCO ha respetado las disposiciones específicas vigentes en materia sancionatoria dentro del sector.

Por lo señalado se considera que no hay fundamento para acoger la apelación interpuesta por RCP .

IV. SANCIONES

Se ha considerado relevante evaluar, de la Resolución apelada, si las sanciones que impone se adecuan al RGSI y específicamente si observan lo establecido en el artículo 57° en mérito a las consideraciones expresadas en la presente Resolución.

De lo resuelto en los puntos anteriores resulta que se ha considerado que TdP ha cometido las siguientes infracciones sancionables:

-Falta de atención a las solicitudes de provisión de servicios de RCP en la forma y plazos previstos en la Sección 8.02 de los contratos de concesión (comprobado en la evaluación de los puntos controvertidos Quinto, Sexto, Séptimo y Décimo y Décimo Primero y Décimo Segundo)

-Precios y condiciones distintos a los del Convenio con la Asamblea Nacional de Rectores no ofrecidos a RCP cuando los usuarios eran presentados por RCP en infracción de la Sección 11.02 de los contratos de concesión y del artículo 9° del Reglamento General.

-Asimismo basado en los hechos que constituyen las infracciones sancionables y en otros hechos que constituyen una conducta que ha quedado acreditada en este proceso, se ha considerado que ha incurrido en abuso de posición de dominio en violación de la Sección 11.01 del contrato de concesión y del principio de neutralidad consagrado en el artículo 9° del Reglamento General.

Para establecer el monto de la sanción debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 57° del RGIS. Este dispone que "Si una empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones incurriese por el o los mismos actos u omisiones en más de una infracción contemplada en el reglamento, se le aplicará la correspondiente a la más grave"

En tal sentido, resulta pertinente, al presente caso, aplicar el artículo 57° del RGIS, imponiendo a TdP la sanción establecida en el artículo 31°, al contener éste un nivel de

sanción superior al contemplado por el artículo 4°. En consecuencia Resolución, no debe confirmar la sanción impuesta en el Artículo 3° de la apelada.

En ejercicio de las atribuciones que corresponden a esta Presidencia;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Confirmar la resolución apelada N° 055-CCO/97:

- a. En la parte que declara que Telefónica del Perú S.A. ha incurrido en infracciones contractuales y legales que resultan de analizar los puntos controvertidos Quinto, Sexto, Séptimo, Décimo, Décimo Primero y Décimo Segundo.
- b. En la parte que declara que Telefónica del Perú S.A. ha realizado actos que revelan abuso de su posición de dominio en el mercado de provisión de arrendamiento de líneas y circuitos que afectan el mercado de provisión de servicios de Internet.
- c. En la parte que impone a Telefónica del Perú una multa de cincuenta (50) UIT; entendiéndose que dicha multa abarca tanto la comisión de actos contrarios a la libre competencia, como los incumplimientos contractuales evidenciados en el procedimiento, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 57° del Reglamento de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones
- d. En lo dispuesto por los literales b) y c) del artículo 1°, el artículo 4° y el artículo 5°

Artículo 2°.- Revocar la Resolución apelada en los demás que contiene

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa, devolviéndose los actuados a la Secretaría Técnica de la presente controversia.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JORGE KUNIGAMI KUNIGAMI
PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTORIO