

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 031-2008-CCO/OSIPTEL

Lima, 03 de noviembre de 2008

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

SUMILLA: Se declara *IMPROCEDENTE* la demanda presentada por Telmex Perú S.A. contra Compañía Telefónica Andina S.A., referida a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Se dispone que la Secretaría Técnica remita las partes pertinentes del presente expediente a la Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para que evalúe la existencia de posibles infracciones a las normas que son de su competencia.

Se deniega el pedido formulado por Telmex Perú S.A. a efectos de que se ordene a Compañía Telefónica Andina S.A. el pago de las costas y costos del presente procedimiento

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

VISTO:

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

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

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

Demandada

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

II. PETITORIO DE LA DEMANDA E INCIDENCIAS PROCESALES

Con respecto a los antecedentes de la presente controversia, este Cuerpo Colegiado se remite a lo señalado en el Informe Instructivo N° 003-ST/2008 emitido por la Secretaría Técnica con fecha 15 de agosto de 2008 (en adelante, el Informe Instructivo).

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

4.1. Posición de TELMEX

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.
- La práctica de "by pass" implementada por TELEANDINA "(...) es una modalidad fraudulenta de cursar tráfico de larga distancia que genera la existencia de un tráfico de llamadas clandestino que difícilmente puede ser monitoreado por la entidad reguladora".¹

4.2. Posición de TELEANDINA

TELEANDINA ha señalado lo siguiente:

¹ Ver escrito de aclaración de la demanda presentado por TELMEX con fecha 4 de enero de 2006.

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

- Recuperación "mágica" de la inversión: la inversión que efectúa TELEANDINA por implementar la práctica de "by pass" se limita a la instalación de la PRI (US\$ 882,00). Por ello, con el ingreso del primer mes de servicio, TELEANDINA cubre integralmente 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 compete 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.

- En relación con la admisión del procedimiento, indicó que el mismo "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.
- Respecto de los argumentos de fondo, TELEANDINA indicó 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 conmutado².

V. INFORME INSTRUCTIVO

En el Informe Instructivo, emitido el 15 de agosto de 2008, la Secretaría Técnica llegó a las siguientes conclusiones:

² Al respecto, TELEANDINA indicó que tendría indicios de que TELMEX habría realizado concertación con terceros con el propósito de obstaculizar su ingreso al mercado de las telecomunicaciones.

- (i) Conforme a lo informado por el MTC en el Oficio N°4363-2008-MTC/29 del 06 de junio de 2008, la práctica de TELEANDINA consistente en la utilización de la línea de abonado para prestar servicios de larga distancia por parte de TELEANDINA (uso indebido del servicio), no vulnera lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones
- (ii) No habría quedado acreditada la existencia de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificado en el artículo 14° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (antes, artículo 17° de la Ley N° 26122).

VI. ALEGATOS

6.1. Alegatos formulados por TELMEX

Mediante escrito de fecha 4 de setiembre de 2008, TELMEX reiteró sus argumentos vertidos a lo largo del procedimiento y formuló sus alegatos expresando principalmente lo siguiente:

- En el Informe Instructivo se ha señalado que no habría quedado acreditada la existencia de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. Sobre el particular, la Secretaría Técnica emitió dicho pronunciamiento en la medida que a esa fecha el MTC no había notificado el Oficio N° 5980-2008-MTC, mediante el cual indicó de forma clara que la práctica desarrollada por TELEANDINA implicaba una infracción al marco regulatorio.
- La práctica "by pass" empleada por TELEANDINA constituye un uso indebido del servicio, y a su vez, en una utilización indebida de la numeración de abonado que le fue asignada.
- La utilización indebida del servicio de abonado se encuentra prevista como una infracción al marco regulatorio en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones. Asimismo, la utilización de la numeración en forma indebida, esto es, en condiciones distintas a las contempladas en el Plan Técnico de Numeración, se encuentra regulada como infracción en el inciso f) del artículo 258° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.
- Conforme a lo anterior, la práctica de TELEANDINA se realizó mediante el uso indebido de un servicio y un número de abonado, trasgrediendo lo establecido en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones, así como el literal f) del artículo 258° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.
- Sobre el particular, el MTC en su Oficio N° 5980-2008-MTC ha reconocido que la utilización de la numeración de abonado para fines distintos a los contemplados en el Plan Técnico constituye una infracción sancionable.
- Respecto de la ventaja significativa, TELMEX reiteró que la denunciada obtuvo una disminución de costos considerable por la comisión de la infracción anotada, la cual le otorgaba una ventaja frente al resto de operadores que prestaban sus servicios respetando el marco regulatorio vigente.

6.2. Alegatos formulados por TELEANDINA

Mediante escrito de fecha 4 de setiembre de 2008, complementado mediante escritos de fechas 12 y 24 de setiembre de 2008, TELEANDINA formuló sus alegatos expresando principalmente lo siguiente:

- El Informe Instructivo anota que los hechos materia de la denuncia se suscitaron entre setiembre y noviembre de 2005; sobre el particular, se hace notar al Cuerpo Colegiado que en ese mismo periodo TELEANDINA mantenía interconexión habilitada con TELMEX, la cual se encontraba afectada por una serie de hechos desarrollados por la demandante orientados a la imposición de barreras de acceso al mercado a TELEANDINA, limitando y hasta impidiendo la interconexión eficiente. Conforme a ello, el análisis de los actos denunciados debieron contemplarse en el contexto en el cual se realizaron las supuestas prácticas ilícitas de competencia desleal³.
- El MTC indicó que, en atención a lo previsto por los incisos a), b) y c) del artículo 261° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, TELEANDINA no ha vulnerado el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones. En tal sentido, el MTC le comunicó al OSIPTEL su decisión de archivamiento de los actuados, poniéndole en conocimiento que al 6 de junio de 2008 no existía ningún procedimiento iniciado o en evaluación contra TELEANDINA.
- Conforme al pronunciamiento emitido por el MTC, la práctica denunciada no se considera como utilización indebida de un servicio de telecomunicaciones de acuerdo con las normas indicadas.
- La solicitud de opinión por parte de TELMEX al MTC, la cual fuera absuelta mediante el Oficio N° 5980-2008-MTC, se referían al *"uso incorrecto del recurso escaso: numeración"*, hecho que no ha sido materia del presente proceso. Por ello, la precisión sobre el Plan Técnico Fundamental de Numeración contenida en dicho oficio no resulta aplicable.
- No existió ventaja significativa, ahorro o reducción de costos principalmente por lo siguiente: (i) el servicio telefónico contratado por su empresa a TELMEX *"(...) en ninguna forma ni oportunidad ha servido para que TELEANDINA brinde el servicio telefónico de larga distancia que compita con las modalidades de preselección o llamada por llamada (...)";* y, (ii) los costos que según TELMEX no fueron asumidos por TELEANDINA -conforme a lo detallado en sus alegatos- fueron pagados sin excepción a favor de la denunciante.

VII. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DEL CUERPO COLEGIADO

7.1. Información solicitada a la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL

- Mediante Oficio N° 013-ST/2005 de fecha 12 de enero de 2006, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Fiscalización que remita copia de los

³ Al respecto, TELEANDINA indicó que tales hechos desarrollados por TELMEX -en el periodo indicado- que restringían la interconexión eran los siguientes: (i) el requerimiento por parte de TELMEX de una garantía ascendente a US\$ 28,000.00, (ii) negativa de TELMEX a pagar la adecuación de la red a TELEANDINA, (iii) negativa de TELMEX a prestar facilidades de acceso al enlace de interconexión y (iv) negativa de TELMEX a reparar el enlace de interconexión dañado.

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, la Gerencia de Fiscalización remitió el Memorando N° 048-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 indicada.

7.2. 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 Controversias)⁴. En atención a esta solicitud, con fecha 5 de setiembre de 2006, el INDECOPI remitió el Oficio N° 045-2006-CCD/INDECOPI, el cual adjuntaba el Informe N° 034-2006/CCD-INDECOPI.

7.3. Información solicitada al MTC

- Mediante Oficio N° 042-ST/2008 del 14 de mayo de 2008 la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) opinión sobre las infracciones materia de la presente controversia, conforme a lo indicado por el TSC en su Resolución N° 006-2008-TSC/OSIPTEL del 17 de abril de 2008, en la cual consideró que la solicitud contenida en el Oficio N° 539-ST/2006 constituía un pedido genérico de información que invalidaba el presente procedimiento. En respuesta a dicho requerimiento, el MTC remitió el Oficio N° 4363-2008-MTC/29 recibido el 6 de junio de 2008.

VIII. LA NULIDAD DEL INICIO DEL PROCEDIMIENTO ALEGADA POR TELEANDINA

8.1. La supuesta falta de competencia del Cuerpo Colegiado

⁴ REGLAMENTO DE CONTROVERSIAS. Artículo 78°.- Informe de INDECOPI. En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.

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 este Cuerpo Colegiado carecía de competencia para avocarse al conocimiento de la presente controversia porque no contaba con facultades para imponer sanciones por actos contrarios a la leal competencia. En ese sentido, indicó que el procedimiento para la imposición de dichas sanciones era el Procedimiento Único regulado en el Decreto Legislativo N° 807, cuya aplicación correspondía al INDECOPI.

Al respecto, debe señalarse que mediante escrito de fecha 01 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° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL del 27 de febrero de 2006, este 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, en su oportunidad, el Cuerpo Colegiado indicó 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, resulta 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, este 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-PCM (Reglamento del OSIPTEL)⁶, el procedimiento aplicable para la tramitación de los actos de competencia desleal en el

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 subrayado es agregado).

⁶ **REGLAMENTO DEL OSIPTEL. Artículo 53°.- Controversias entre Empresas.**

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia. (...)

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

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

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

8.2. La supuesta falta de agotamiento de la vía administrativa

8.2.1. Los hechos materia de supervisión por parte de la Gerencia de Fiscalización

A fin de facilitar el análisis de los argumentos esgrimidos por TELEANDINA respecto de la falta de un procedimiento previo que declare que dicha empresa ha prestado servicios de larga distancia empleando líneas de abonado PRI contratadas a TELMEX (incurriendo con ello en un uso indebido de dicho servicio), se procede a detallar brevemente los antecedentes y hechos que suscitaron la realización de las inspecciones realizadas por la Gerencia de Fiscalización:

- Con fecha 28 de junio de 2002, se suscribió el Contrato No. 0657, en virtud del 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.
- TELMEX, solicitó al OSIPTEL hasta en dos oportunidades (14 de setiembre de 2005 y 27 de octubre de 2005) que realice las acciones de supervisión correspondientes a fin de verificar el uso indebido del servicio de abonados contratado por TELEANDINA, pues esta empresa se encontraba utilizando la PRI 6119500 provista por TELMEX para prestar servicios de larga distancia a terceros mediante la práctica denominada "by pass".
- En respuesta a tales solicitudes, con fechas 15 de setiembre de 2005 y 28 de octubre de 2005, la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL llevó a cabo las acciones de supervisión solicitadas. En ambas oportunidades, se verificó el uso indebido de la línea de abonado PRI 6119500 antes descrito y se puso en conocimiento de TELMEX que resultaba aplicable el procedimiento de suspensión y corte aprobado por la Resolución N° 024-99-CD/OSIPTEL entonces vigente⁷.

⁷ Sobre el particular debe indicarse lo siguiente:

- **Primera acción de supervisión:** 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".
- **Segunda acción de supervisión:** 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

- Conforme a ello, el 11 de octubre de 2005, TELMEX suspendió por un plazo de 15 días el servicio prestado a TELEANDINA por uso indebido del mismo. Posteriormente, el 22 de noviembre de 2005, con ocasión de la segunda solicitud de inspección realizada al OSIPTEL y la consecuente respuesta de la Gerencia de Fiscalización, TELMEX procedió a la desconexión definitiva del servicio prestado a TELEANDINA al haber detectado reincidencia en el uso indebido del mismo.
- Mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2005 complementado mediante el escrito de fecha 4 de enero de 2006, TELMEX interpuso demanda contra TELEANDINA por supuestos actos de competencia desleal en virtud de los hechos antes indicados.

8.2.2. Las Resoluciones del Cuerpo Colegiado y del Tribunal de Solución de Controversias

TELEANDINA ha indicado que no existió un pronunciamiento administrativo previo que declare que dicha empresa ha prestado servicios de larga distancia empleando líneas de abonado PRI 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 y que tampoco el OSIPTEL comunicó en su oportunidad, razón por la cual no pudo ejercer su derecho de defensa.

Sobre el particular, debe recordarse que TELEANDINA formuló excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa mediante escrito de fecha 01 de febrero de 2006, 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° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL del 27 de febrero de 2006, este 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 constituía un requisito de admisibilidad o procedencia de las demandas sobre actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. TELEANDINA, al discrepar del pronunciamiento emitido por el Cuerpo Colegiado a este respecto, apeló la Resolución N° 004-2006-CE-CCO/OSIPTEL en este extremo.

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

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

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 consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 28.2 de la Ley N° 27336⁸ 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 (Lineamientos de Competencia Desleal)⁹, el TSC señaló que se encontraba legalmente establecida la posibilidad de admitir a trámite un procedimiento por competencia desleal en la modalidad de violación de normas que será conocido por los órganos de solución de controversias, sin que sea necesario el contar previamente con un pronunciamiento legal firme de que la norma regulatoria ha sido transgredida.

Al haberse pronunciado el TSC, en su oportunidad, en segunda y última instancia administrativa respecto de los argumentos formulados por TELEANDINA, dicho pronunciamiento final emitido por el TSC constituye cosa decidida y firme en sede administrativa respecto de la necesidad de un pronunciamiento previo sobre la existencia de una contravención a las normas regulatorias.

Asimismo, cabe señalar que el TSC también se pronunció sobre las supuestas irregularidades del procedimiento de suspensión y corte del servicio de abonado aludidas por TELEANDINA, precisando que tales irregularidades no eran 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".

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

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

Finalmente, debe considerarse que el TSC en su Resolución N° 006-2008-TSC/OSIPTEL del 17 de abril de 2008, dicha instancia reiteró los argumentos

⁸ LEY N° 27336. Artículo 28°.- Independencia de responsabilidades.

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.

⁹ 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".

vertidos en su Resolución N° 010-2006-TSC/OSIPTEL que declaró infundada la apelación presentada por TELEANDINA sobre este extremo.

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

8.2.3. La supuesta falta de determinación de las normas violadas

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

Contrariamente a lo señalado por la denunciada, 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 de la línea de abonado que contrató TELEANDINA a TELMEX para prestar servicios de llamadas de larga distancia podría constituir una contravención al artículo 88° inciso 9) de la Ley de Telecomunicaciones y, a su vez, podría 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. Por tanto, podría constituir un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificado en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

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

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

9.1. La definición de la práctica

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

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

(...)

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

(...)" (El subrayado es agregado).

Conforme a ello, el Contrato suscrito entre ambas empresas habría dejado establecido el uso (o utilización) no permitido de las líneas contratadas para la prestación del servicio de abonado.

En atención a ello, este Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 002-2006-CCO/OSIPTEL identificó como actos constitutivos de la supuesta infracción denunciada el uso indebido de un servicio de telecomunicaciones tipificado en el artículo 88° inciso 9) de la Ley de Telecomunicaciones.

Por tanto, en virtud de lo establecido en la Resolución N° 002-2004-CCO/OSIPTEL y en la Resolución N° 010-2006-TSC/OSIPTEL (que confirmó la resolución N° 002-2004-CCO/OSIPTEL), se procederá a analizar si el supuesto uso indebido de la línea de abonado que contrató TELEANDINA a TELMEX para prestar servicios de llamadas de larga distancia ha generado a TELEANDINA una ventaja competitiva significativa respecto de los demás operadores concesionarios del servicio portador de larga distancia que prestan dicho servicio empleando las vías establecidas para ello en la regulación; y, por tanto, 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.

9.2. Marco Conceptual

9.2.1. El periodo de tiempo y los hechos materia de denuncia

Tal como se mencionó en el Informe Instructivo, a fin de proceder con el desarrollo del marco normativo aplicable, resultaba pertinente recordar que los hechos materia de denuncia se suscitaron entre setiembre y noviembre de 2005, los mismos que dieron lugar a la interposición de la demanda y su consecuente admisión a trámite entre noviembre de 2005 y enero de 2006, respectivamente.

En sus alegatos, TELEANDINA indicó que para efectuar el análisis de los actos denunciados, la Secretaría Técnica debió contemplar el contexto en el cual se realizaron las supuestas prácticas ilícitas de competencia desleal en el periodo de tiempo señalado. Dicho contexto se refería a que en ese lapso de tiempo la interconexión que se encontraba habilitada con TELMEX fue afectada por una serie de actos desarrollados por la demandante, los cuales estaban orientados a imponer barreras de acceso al mercado a TELEANDINA, limitando y hasta impidiendo la interconexión eficiente¹⁰.

En esa misma línea, TELEANDINA agregó que la lista de hechos expuesta por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo, tenía la misma intencionalidad de la denuncia formulada, esto es, imponer barreras de acceso y limitar la interconexión. En tal sentido, acotó que de haberse efectuado el análisis en el contexto indicado se habría verificado que la práctica de TELMEX denotaba la imposición de obstáculos a TELEANDINA para su libre acceso al mercado¹¹.

Sobre el particular, debe reiterarse que los hechos materia del presente procedimiento, de acuerdo a lo previsto en la Resolución N° 002-2004-CCO/OSIPTEL, versan sobre si el supuesto uso indebido de la línea de abonado que contrató TELEANDINA a TELMEX para prestar servicios de

¹⁰ Al respecto, TELEANDINA indicó que tales hechos desarrollados por TELMEX -en el periodo indicado- que restringían la interconexión eran los siguientes: (i) el requerimiento por parte de TELMEX de una garantía ascendente a US\$ 28,000.00, (ii) negativa de TELMEX a pagar la adecuación de la red a TELEANDINA, (iii) negativa de TELMEX a prestar facilidades de acceso al enlace de interconexión y (iv) negativa de TELMEX a reparar el enlace de interconexión dañado.

¹¹ Ver páginas 3 y 4 del escrito del 4 de setiembre presentado por TELEANDINA.

llamadas de larga distancia podría constituir un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

En atención a ello, el recuento (o listado) de los sucesos efectuado por la Secretaría Técnica -y que este Cuerpo Colegiado ha hecho suyo-, gira en torno de la práctica denunciada concretamente en este caso; es decir, la verificación de si la supuesta infracción a las normas que sancionan el uso indebido del servicio por parte de TELEANDINA, habría generado para ésta una ventaja significativa derivada de tal infracción.

De la revisión de los sucesos (o contexto) indicados por TELEANDINA, este Cuerpo Colegiado ha advertido claramente que los mismos versan sobre hechos que ya han sido o son materia de procedimientos administrativos tramitados por otros Cuerpos Colegiados del OSIPTEL. En efecto, los hechos aludidos por TELEANDINA en sus alegatos han sido revisados en las controversias seguidas en los Expedientes N° 007-2005, N° 012-2005, N° 003-2006 (procedimientos culminados en la vía administrativa) y N° 001-2008 (procedimiento en trámite en la primera instancia).

Por tanto, en la medida que tales hechos dieron lugar a controversias referidas a infracciones y discrepancias diferentes a las del presente caso, corresponde desestimar los argumentos esgrimidos por TELEANDINA a este respecto.

9.2.1. Marco normativo

Conforme se ha indicado, los hechos materia de controversia y de la demanda formulada contra TELEANDINA, se encontraban referidos a la presunta comisión de actos de violación de normas tipificados en el artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26122 (Ley sobre Represión de la Competencia Desleal)¹² vigente al momento de tales hechos:

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.*

Con fecha 25 de julio de 2008 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1044 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Dicha norma en su artículo 14° prevé el supuesto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas conforme a lo siguiente:

"Artículo 14°.- Actos de violación de normas.-

14.1.- *Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva en el mercado obtenida mediante la infracción de las normas.*

14.2.- *La infracción de normas imperativas quedará acreditada:*

a) *Cuando se apruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,*
(...)"

¹² Aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI.

Sobre el particular, conviene precisar que el artículo 14° de la reciente Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044) referidas a los actos de violación de normas -en el caso en particular- no difieren en lo sustancial del supuesto contenido en el artículo 17° de la Ley N° 26122, en la medida que los criterios recogidos por el citado artículo 14° reflejan tanto los precedentes emitidos con anterioridad por el INDECOPÍ como la experiencia de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL en esta materia.

Sin embargo, debe anotarse que, a diferencia de lo previsto por el artículo 17° de la Ley N° 26122, el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044 establece de forma expresa que para que se configure el supuesto de violación de normas debe acreditarse la infracción a las normas correspondientes mediante la decisión previa y firme de la autoridad competente.

Ahora bien, de lo anterior se desprende que el Decreto Legislativo N° 1044 prevé un estándar mayor para sancionar los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Al respecto, conforme a lo establecido por el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) la potestad sancionadora de las entidades administrativas se encuentra regida por principios especiales entre los cuales se encuentra el principio de irretroactividad.

El principio de irretroactividad, contenido en el inciso 5 del artículo 230° de la LPAG, establece que *"son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables"*. (El resaltado es agregado)

Conforme a dicho principio, ante la comisión de una infracción deberá aplicarse la norma que se encuentre vigente en el tiempo en que dicha infracción se produjo, salvo que las normas posteriores le sean más favorables al denunciado.

En el presente caso, el numeral 14.2. del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044 al establecer un estándar mayor para la sanción de los actos de violación de normas sus disposiciones constituyen disposiciones más favorables en relación con lo previsto por la Ley N° 26122.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado considera que, en atención a lo previsto por el artículo 230° de la LPAG, la norma aplicable a los hechos materia de controversia es el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044.

Por su parte, resulta pertinente indicar que 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.

Dado que los hechos materia de la demanda interpuesta por TELMEX, versan sobre actos de violación de normas configurados por el supuesto uso indebido de 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.

9.2.2. Primer requisito: la infracción a las normas de carácter imperativo

Como se ha mencionado, el numeral 14.2. del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044 señala que la infracción de normas imperativas quedará acreditada cuando se apruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión.

De acuerdo con los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL para que se configure un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, se considerará la infracción de normas legales de carácter imperativo, es decir, aquellas que establecen deberes al administrado y, adicionalmente, las normas declarativas que reconocen derechos que puedan ser aprovechadas para incurrir en prácticas desleales¹³.

En esta controversia, los hechos denunciados versan sobre el supuesto uso indebido de la línea de abonado que contrató TELEANDINA a TELMEX para prestar servicios de llamadas de larga distancia; en atención a ello, este Cuerpo Colegiado en su Resolución N° 002-2004-CCO/OSIPTEL, indicó que tales actos podrían constituir a una contravención al artículo 88° inciso 9) de la Ley de Telecomunicaciones.

El inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones señala que la utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones constituye infracción grave¹⁴. La entidad competente para el conocimiento de dicha infracción es el MTC.

En consecuencia, para proceder con el análisis del primer requisito resulta necesario determinar si existe un pronunciamiento previo y firme del MTC referido a la contravención del inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones por parte de TELEANDINA.

9.2.2.1. El requerimiento de información al MTC

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

*"Cláusula Cuarta: De las obligaciones de EL CLIENTE.- Son obligaciones de EL CLIENTE las siguientes:
(...)"*

¹³ Al respecto, los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL señalan lo siguiente:

*"Para esta figura OSIPTEL considerará solamente la infracción de normas legales de carácter imperativo, es decir aquellas que establecen deberes al administrado, salvo que exista evidencia de que la infracción de las normas declarativas, que reconocen derechos, pueda ser aprovechada para incurrir en prácticas desleales que no se encuentren reguladas por otras disposiciones de la Ley.
Para determinar si se ha producido la infracción de una norma, OSIPTEL constatará la infracción directamente, a través de la Gerencia de Fiscalización, cuando le corresponda controlar su cumplimiento, de lo contrario solicitará la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda, sin que dicha opinión sea requisito de admisibilidad de las demandas."*

¹⁴ **LEY DE TELECOMUNICACIONES. Artículo 88°.-** Constituyen infracciones graves:
(...)

9) La utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones.

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 virtud de ello, se procedieron a realizar los requerimientos de información pertinentes a fin de determinar si tal conducta constituiría una infracción al inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones¹⁵.

El Oficio N° 4363-2008-MTC/29 emitido por el MTC

Mediante Oficio N° 042-ST/2008 del 14 de mayo de 2008, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado solicitó al MTC emitir una opinión puntual sobre las infracciones materia de la presente controversia en los términos indicados por el TSC, conforme al siguiente detalle:

"En atención a lo dispuesto por el Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 025-2008-CCO/OSIPTEL del 09 de mayo de 2008, solicitamos a su despacho:

- (i) Emitir su opinión con relación a si la conducta denunciada, es decir, si la utilización de una línea de abonado para prestar servicios de larga distancia por parte de TELEANDINA, vulnera lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones; y,*
- (ii) Informar sobre la existencia de algún procedimiento iniciado, seguido o culminado visto ante el MTC en contra de TELEANDINA sobre la comisión de infracciones a lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones con ocasión de los hechos materia de la presente."*

En respuesta a dicho requerimiento, el MTC remitió el **Oficio N°4363-2008-MTC/29** recibido el 6 de junio de 2008, indicando lo siguiente:

*"(...) mediante Oficio N° 0300-2007-MTC/18.02 se le comunicó con respecto al caso, la decisión de esta administración sobre el archivamiento de los actuados, ratificándonos en el contenido de dicho Oficio, más aún teniendo en cuenta que para la vulneración de lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones, de acuerdo a lo precisado en el inciso b) del artículo 261° del T.U.O. del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones no se trataría de una comercialización de servicios de telecomunicaciones y/o tráfico de terceros de servicios que no cuentan con concesión, al ser la empresa TELEANDINA una empresa privada concesionaria, no configurándose tampoco los presupuestos de los incisos a) y c) del citado artículo. Finalmente ponemos en conocimiento que a la fecha **no existe ningún procedimiento iniciado o en evaluación contra la empresa TELEANDINA por infracción alguna en***

¹⁵ Mediante Resolución N° 006-2008-TSC/OSIPTEL del 17 de abril de 2008, el TSC declaró nulo el pronunciamiento emitido por el Cuerpo Colegiado en su Resolución N° 023-2008-CCO/OSIPTEL, al considerar que la solicitud realizada por la Secretaría Técnica para que el MTC emita opinión sobre las infracciones denunciadas (contenida en el Oficio N° 539-ST/2006) constituía un pedido genérico de información que invalidaba el presente procedimiento. Conforme a ello, el TSC dispuso que se retome la tramitación del procedimiento debiendo realizarse un nuevo requerimiento de información al MTC conforme a los términos indicados por el TSC (fojas 352 del expediente).

Mediante Resolución N° 025-2008-CCO/OSIPTEL del 9 de mayo de 2008, el Cuerpo Colegiado dispuso dar cumplimiento a lo dispuesto por el TSC en la Resolución N° 006-2008-TSC/OSIPTEL y, por consiguiente, retomar el trámite del procedimiento desde las fojas 352 del presente expediente (donde figuraba el primer pedido de información realizado por la Secretaría Técnica al MTC, Oficio N° 539-ST/2006).

la normatividad de telecomunicaciones, dándose por absuelta su consulta." (El resaltado es nuestro).

El Oficio N° 5980-2008-MTC/29 emitido por el MTC

Mediante Oficio N° 5009-2008-MTC/29 recibido el 11 de julio de 2008, el MTC informó a la Secretaría Técnica que TELMEX le había solicitado precisar los alcances de su Oficio N° 4363-2008-MTC/29. En atención a ello, el MTC requirió a la Secretaría Técnica que se le indicara si correspondía emitir un nuevo pronunciamiento absolviendo lo solicitado por TELMEX, considerando que el Oficio N° 4363-2008-MTC/29 fue emitido a petición del OSIPTEL en relación con la controversia seguida entre TELMEX y TELEANDINA.

En respuesta a lo solicitado por el MTC, la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 083-ST/2008 del 14 de julio de 2008, indicó que se encontraba en consideración de dicho despacho realizar las precisiones que estimara pertinentes al Oficio N° 4363-2008-MTC/29 conforme a lo solicitado por TELMEX, en la medida que la controversia se encontraba en trámite.

Mediante Oficio N° 5980-2008-MTC/29 recibido el 28 de agosto de 2008, el MTC dando respuesta a lo solicitado por TELMEX indicó, principalmente, que de acuerdo con lo establecido por el Plan Técnico Fundamental de Numeración se desprende que:

"(...) la numeración de abonado asociada a una línea telefónica, no puede ser empleada como prefijo o código de acceso ni como troncal de interconexión para la prestación del servicio portador de larga distancia. En ese sentido, el uso de la numeración como troncal de interconexión para las comunicaciones de larga distancia prestadas por operadores de los servicios portadores de larga distancia, constituiría una utilización de la numeración en condiciones distintas a las contempladas en el respectivo Plan de Numeración". (El resaltado es agregado)

A continuación se procede a realizar el análisis correspondiente para determinar si, conforme a lo informado por el MTC, existió vulneración al inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones para luego determinar la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

9.2.1.2. Análisis de la infracción a las normas

Como se ha mencionado anteriormente, para que se configure un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debe evaluarse en primer lugar la existencia de infracciones de normas legales de carácter imperativo, para luego analizar la existencia de una ventaja significativa obtenida por el infractor derivada de la vulneración de tal norma.

En el caso, dicha infracción debía estar referida a la utilización indebida de la línea de abonado que contrató TELEANDINA a TELMEX para prestar servicios de llamadas de larga distancia, establecida como infracción en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones (uso indebido de los servicios de telecomunicaciones).

En sus alegatos, TELMEX sostuvo que la práctica de TELEANDINA consistía en una infracción a lo previsto por inciso 9) del artículo 88° de la Ley de

Telecomunicaciones, en la medida que la utilización de la numeración de abonado para fines distintos a los contemplados en el Plan Técnico era un uso indebido y éste se encontraba tipificado como infracción muy grave en el literal f) del artículo 258° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

De acuerdo con lo anotado por TELMEX, dicha afirmación se encontraba amparada en el Oficio N° 5980-2008-MTC mediante el cual "(...) el MTC ha indicado de forma clara que la práctica desarrollada por TLA (TELEANDINA) sí implica una infracción a nuestro marco regulatorio"¹⁶.

Al respecto, TELEANDINA indicó que la solicitud de opinión por parte de TELMEX al MTC, la cual fuera absuelta mediante el Oficio N° 5980-2008-MTC, se referían al "uso incorrecto del recurso escaso: numeración", hecho que no ha sido materia del presente proceso. Por ello, la precisión sobre el Plan Técnico Fundamental de Numeración contenida en dicho oficio no resultaba aplicable al presente caso.

Sobre el particular, si bien el MTC en su Oficio N° 5980-2008-MTC, ha indicado que "(...) el uso de la numeración como troncal de interconexión para las comunicaciones de larga distancia prestadas por operadores de los servicios portadores de larga distancia, constituiría una utilización de la numeración en condiciones distintas a las contempladas en el respectivo Plan de Numeración"; este Cuerpo Colegiado considera que de la revisión del citado oficio se desprende lo siguiente:

- (i) el MTC no ha señalado de forma expresa que los hechos denunciados constituyen un uso indebido del servicio;
- (ii) el MTC no ha señalado de forma expresa que la actuación de TELEANDINA constituye una infracción al inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones y, a su vez, una infracción al literal f) del artículo 258° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, conforme a lo alegado por TELMEX;
- (iii) el Oficio N° 5980-2008-MTC, no constituye un pronunciamiento previo y firme que acredite fehacientemente la comisión de la infracción materia de la presente controversia;
- (iv) no existe procedimiento en trámite o concluido contra TELEANDINA por el uso indebido de la numeración de abonado;

Conforme a lo anterior, corresponde desestimar lo esgrimido por TELMEX a este respecto.

De otro lado, este Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que en virtud de lo informado por el Ministerio en su **Oficio N°4363-2008-MTC/29**:

- (a) el MTC realizó el archivamiento de los actuados con ocasión de las supervisiones detalladas en el primer Oficio N° 0300-2007-MTC/18.02 (supervisiones sobre los hechos materia de controversia);
- (b) dicho archivamiento se realizó considerando que no se habría configurado la vulneración de lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones; y,

¹⁶ Ver página 2 del escrito de alegatos presentado por TELMEX con fecha 4 de setiembre de 2008.

- (c) a la fecha de emisión del **Oficio N°4363-2008-MTC/29** no existía ningún procedimiento iniciado o en evaluación contra la empresa **TELEANDINA** por infracción alguna en la normatividad de telecomunicaciones.

En tal sentido, de acuerdo con lo indicado por el MTC la práctica consistente en la utilización de la línea de abonado para prestar servicios de larga distancia por parte de **TELEANDINA** (uso indebido del servicio), no habría vulnerado lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones.

Por tanto, al no haberse configurado el primer supuesto de análisis consistente en la existencia de infracciones de normas legales de carácter imperativo, este Cuerpo Colegiado estima que no corresponde realizar el análisis de la supuesta existencia de una ventaja significativa obtenida por la demandada.

Por lo expuesto, el Cuerpo Colegiado estima que en la medida que no se ha cumplido con el primer requisito para analizar la existencia de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 14° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044), corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta por **TELMEX**.

Finalmente, sin perjuicio de lo antes señalado, este Cuerpo Colegiado considera que corresponde disponer que la Secretaría Técnica remita copia de los actuados en el presente expediente a la Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones del MTC para que evalúe la existencia de posibles infracciones a las normas que son de su competencia en virtud de los hechos indicados en la presente Resolución.

9.3. Pago de costas y costos

En su escrito de demanda, **TELMEX** solicitó al Cuerpo Colegiado que se condenara a **TELEANDINA** al pago de las costas y costos incurridos por ésta durante la tramitación del presente procedimiento. En virtud de que la demanda presentada por **TELMEX** ha sido desestimada el pedido de pago de las costas y costos debe ser denegado.

RESUELVE:

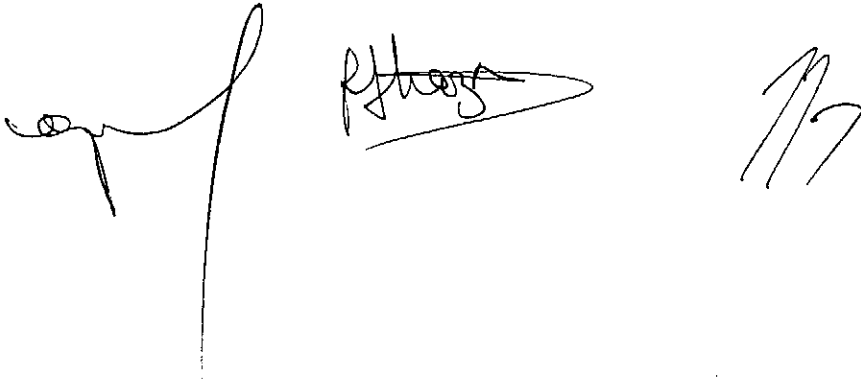
Artículo Primero.- Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda presentada por **Telmex Perú S.A.** contra **Compañía Telefónica Andina S.A.**, referida a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 14° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal - Decreto Legislativo N° 1044, por las infracciones al inciso 9) del artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones, de acuerdo a los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Disponer que la Secretaría Técnica remita las partes pertinentes del presente expediente a la Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para que evalúe la existencia de posibles infracciones a las normas que son de su competencia.

Artículo Tercero.- Denegar el pedido formulado **Telmex Perú S.A.** a efectos de que se ordene a **Compañía Telefónica Andina S.A.** el pago de las costas y costos del

presente procedimiento, por las razones expuestas en la sección Considerandos de la presente resolución.

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Galia Mac Kee Briceño, José Rodríguez González y Lorena Alcázar Valdivia.

Three handwritten signatures are present. The first signature on the left is a stylized, cursive mark. The middle signature is more legible, appearing to be 'Galia Mac Kee Briceño'. The third signature on the right is a stylized, cursive mark.