

COMPETENCIA  
Y REGULACIÓN  
**20 AÑOS**  
DE JURISPRUDENCIA



# ÍNDICE

PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN	11
<b>La Función de Solución de Controversias en la Industria de Telecomunicaciones en el Perú</b>	
CAPÍTULO 1: LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL OSIPTEL	16
1.1. El sector de telecomunicaciones en el proceso de privatización y la creación del OSIPTEL	16
1.2. Antecedentes normativos de la función de solución de controversias del OSIPTEL	18
1.3. Las materias bajo el marco de la función de solución de controversias	21
1.4. El Procedimiento de solución de controversias	22
1.4.1. Procedimientos que no versan sobre la comisión de una infracción	24
1.4.2. Procedimientos que involucren la comisión de infracciones	25
1.4.3. Procedimientos sancionadores por infracciones cometidas durante la tramitación de las controversias	27
1.5. Estadísticas de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL	28
CAPÍTULO 2: EL OSIPTEL COMO AGENCIA DE COMPETENCIA	32
2.1. Evolución de la legislación de libre y leal competencia en el Perú	32
2.2. La protección de la libre y leal competencia en la industria de telecomunicaciones en el Perú	37
2.3. La relación entre el control ex ante y el ex post	39
2.3.1. El principio de supletoriedad	39
2.3.2. Controversias	40
2.4. Abogacía de la competencia	44
<b>Jurisprudencia en Temas de Libre y Leal Competencia en la Industria de Telecomunicaciones en el Perú</b>	
CAPÍTULO 3: PRINCIPALES CASOS DE LIBRE COMPETENCIA EN LA INDUSTRIA DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EL PERÚ	48

<b>3.1. Abuso de Posición de Dominio</b>	<b>48</b>
3.1.1. Negativa injustificada de trato	51
a. Concepto y requisitos	51
b. Controversias	55
3.1.2. Discriminación	63
a. Concepto y requisitos	63
b. Controversias	65
3.1.3. Ventas Atadas	71
a. Concepto y requisitos	71
b. Controversias	74
3.1.4. Acuerdos de Exclusividad	77
a. Concepto y Requisitos	77
b. Controversias	79
3.1.5. Precios Predatorios	84
a. Concepto y requisitos	84
b. Controversias	87
3.1.6. Otras conductas	89
<b>3.2. Prácticas Colusorias Verticales</b>	<b>92</b>
3.2.1. Concepto y requisitos	92
3.2.2. Acuerdos de Exclusividad	93
<b>3.3. Prácticas Colusorias Horizontales</b>	<b>95</b>
3.3.1. Concepto y requisitos	95
3.3.2. Controversias	97
<b>CAPÍTULO 4: PRINCIPALES CASOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA INDUSTRIA DE TELECOMUNICACIONES EN EL PERÚ</b>	<b>101</b>
<b>4.1. Cláusula General</b>	<b>101</b>
4.1.1. Concepto y requisitos	101
4.1.2. Controversias	103

<b>4.2. Actos de Engaño</b>	<b>104</b>
4.2.1. Concepto y requisitos	104
4.2.2. Controversias	106
<b>4.3. Denigración</b>	<b>108</b>
4.3.1. Concepto y requisitos	108
4.3.2. Controversias	110
<b>4.4. Actos de Comparación</b>	<b>113</b>
4.4.1. Concepto y requisitos	113
4.4.2. Controversias	114
<b>4.5. Acto de Violación de Normas</b>	<b>115</b>
4.5.1. Concepto, modalidades y requisitos	115
4.5.2. Controversias	118
<b>4.6. Actos de Sabotaje</b>	<b>125</b>
4.6.1. Concepto y requisitos	125
4.6.2. Controversias	126

### **Otras Materias Evaluadas por las Instancias de Solución de Controversias**

<b>CAPÍTULO 5: PRINCIPALES CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON INTERCONEXIÓN</b>	<b>130</b>
<b>5.1. Definición y principales características de la interconexión</b>	<b>130</b>
<b>5.2. Adecuación a mejores condiciones</b>	<b>134</b>
5.2.1. Conceptos	134
5.2.2. Controversias	135
<b>5.3. Discrepancias en la liquidación, facturación y pago</b>	<b>140</b>
5.3.1. Concepto	140
5.3.2. Controversias	141
<b>5.4. Interrupción, suspensión y restitución de la interconexión</b>	<b>145</b>
5.4.1. Concepto	145
5.4.2. Controversias	145
<b>5.5. Habilitación</b>	<b>151</b>
5.5.1. Concepto	151
5.5.2. Controversias	152

5.6. Uso indebido	158
5.6.1. Concepto	158
5.6.2. Controversias	158
5.7. Otras conductas	163
CAPÍTULO 6: ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA BAJO EL MARCO DE LA LEY 28295 Y SU REGLAMENTO	167
6.1. Aspectos Generales	167
6.2. Controversias	169
<b>Interacción entre la Protección de la Competencia y la Regulación</b>	
CAPÍTULO 7: RETROALIMENTACIÓN ENTRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y LA REGULACIÓN EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES	174
7.1. Aspectos generales	174
7.2. Regulación sobre acceso y uso compartido de infraestructura	176
7.3. Regulación en materias de interconexión (Adecuación automática a mejores condiciones)	177
7.3.1. Definición de adecuación automática	177
7.3.2. Ámbito de aplicación de las normas de adecuación	179
7.3.3. Interconexión equivalente para efectos del principio de igualdad de acceso y el derecho de adecuación	180
7.3.4. Acreditación de la condición más favorable	181
7.4. Regulación sobre paquetes	182
BIBLIOGRAFÍA	187
ACRÓNIMOS	198



# PRÓLOGO

**H**abiendo transcurrido 20 años desde que el OSIPTEL inició sus labores como regulador de las telecomunicaciones, es importante hacer un balance de lo avanzado por la institución en la promoción del desarrollo de este mercado. Dentro de esta evaluación sin duda el rol del OSIPTEL en la promoción de mercados más competitivos ocupa un lugar fundamental, en especial considerando que a diferencia de otros mercados, la situación que enfrentaba este sector a inicios de la reforma se caracterizaba por la existencia de un monopolio estatal que integraba casi todos los servicios de telecomunicaciones que se prestaban en el país.

De este modo hemos pasado de tener en 1994 un solo proveedor monopólico (el Estado a través de Entel y CPT) a contar a la fecha con más de 600 proveedores de los diversos servicios de telecomunicaciones. La innovación tecnológica y el proceso de convergencia han contribuido de manera crucial a este resultado. También han sido importantes para favorecer el ingreso de nuevos jugadores al mercado las políticas públicas impulsadas desde el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y PROINVERSION.

Sin embargo, indudablemente el uso combinado de la regulación y el control de conductas anticompetitivas y desleales por parte del OSIPTEL ha jugado un rol fundamental en el logro de un mercado más transparente y competitivo.

El presente libro constituye un testimonio del trabajo que ha venido realizando el OSIPTEL en materia de promoción (y protección) de la libre y leal competencia durante los últimos años. Como el lector podrá apreciar, este testimonio muestra algunos rasgos distintivos que han caracterizado el accionar del regulador durante este período: el tecnicismo de sus decisiones basadas siempre en doctrina y prácticas internacionalmente aceptadas, la transparencia, el respeto al debido proceso así como la independencia y autonomía de sus órganos y funcionarios para la implementación de sus decisiones. Estas características del regulador constituyen una garantía de que sus decisiones, aunque posiblemente perfectibles –como toda acción humana–, son el reflejo de un análisis objetivo y serio por parte de quienes tienen a su cargo la responsabilidad de resolver controversias entre jugadores en este mercado.

Además de ser un testimonio, creemos que la presentación del libro representa un acto de rendición de cuentas de los resultados alcanzados durante estos 20 años. Así, en una primera parte del libro se describe cómo el OSIPTEL ha venido ejerciendo la función de solución de controversias y, en particular, su rol de agencia de competencia. En una segunda se presenta la jurisprudencia desarrollada durante estos años en materia de libre y leal competencia. En la tercera parte se presenta el tratamiento que se ha venido dando a controversias vinculadas con otros temas regulatorios, como es el caso de los contratos de interconexión. Finalmente, en la cuarta y última parte se hace un análisis del modelo OSIPTEL y de las sinergias que existen entre las herramientas de control ex post de conductas desleales y anticompetitivas y de las herramientas regulatorias, mostrando cómo dicha interacción ha permitido una vez detectado determinado tipo de fallas en el mercado, la introducción de soluciones regulatorias que permitan promover la competencia. Estamos seguros de que esta publicación constituye una referencia obligada para quienes estén interesados en conocer o investigar sobre la problemática regulatoria en el Perú y, en particular, sobre la temática de políticas de competencia en el sector telecomunicaciones.

**GONZALO RUIZ,**

Presidente del Consejo Directivo, OSIPTEL



# INTRODUCCIÓN

**E**ste libro recoge la experiencia de 20 años de labor del OSIPTEL resolviendo los conflictos presentados entre las empresas operadoras en materias de regulación y competencia en el servicio público de telecomunicaciones.

Como se podrá apreciar a lo largo de sus páginas, las decisiones de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL emitidas a través de estos años reflejan tanto los cambios estructurales en la industria de las telecomunicaciones como la evolución que ha tenido la competencia en este mercado, además de constituir un importante instrumento en la evaluación y diseño del marco regulatorio en su perfeccionamiento y en su aplicación.

En efecto, las decisiones emitidas por los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL en primera instancia administrativa, y por el Tribunal de Solución de Controversias (y anteriormente por el Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL) en segunda instancia administrativa, muestran la evolución del mercado y de la competencia en los distintos segmentos del mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones y cómo –a través de estos 20 años– las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han logrado resolver complejas situaciones que afectaban la competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, fomentando el proceso competitivo en beneficio de los usuarios.

Es así, que durante los primeros años fueron necesarias decisiones en las que

se buscó asegurar la competencia en un mercado no sujeto a monopolio temporal. Tal es el caso presentado por la Red Científica Peruana, en el cual se evaluó la afectación de la competencia en un nuevo mercado como el de provisión de servicios de internet; así como la aplicación del principio de neutralidad en el sector de las telecomunicaciones.

También es de mencionar el caso de los contratos de exclusiva en el mercado de televisión por cable, en el que se analizó el comportamiento de la empresa establecida y su vinculada, así como su posible afectación a la permanencia del competidor, a través de acuerdos de exclusividad de cierta programación de alta preferencia para los usuarios.

Asimismo, la controversia sobre el roaming automático nacional, en la que se evaluó la negativa injustificada de un operador de brindar a su competidor dicho servicio, mostrando la relevancia y el impacto de la licitación de la banda "B" fuera de Lima.

Con la apertura del mercado, las decisiones de las instancias de solución de controversias cobraron especial importancia con relación al ingreso de los nuevos operadores al mercado. Es de mencionar el caso de AT&T Perú S.A., en el que se evaluaron y sancionaron conductas del operador establecido destinadas a frenar el ingreso del operador entrante al mercado de larga distancia.

Posteriormente, en el mercado móvil se analizó el caso de una supuesta práctica de predación a través de subsidios cruzados entre segmentos del mercado.

En los últimos años, las instancias de solución de controversias se han pronunciado en un caso de venta atada, en el cual el servicio de acceso a internet (ADSL) debía ser adquirido junto con el servicio de telefonía fija. De este modo, aprovechando las ventajas obtenidas en el mercado de internet y banda ancha, se intentó proteger una posición en el mercado de telefonía fija restringiendo la competencia.

Como se aprecia en los casos anteriormente comentados, los mercados y la temática que ha ocupado a las instancias de solución de controversias son diversos, y ha ido variando conforme se ha desarrollado la industria, ingresando nuevos participantes y apareciendo nuevos servicios; lo que constituye un reto cada vez mayor para las instancias de solución de controversias y su Secretaría Técnica, a fin de lograr soluciones justas, acordes con los desarrollos tecnológicos y facilitar la competencia.

Adicionalmente, las decisiones de las instancias de solución de controversias entre empresas del OSIPTEL también han servido para identificar ámbitos en los que se hacía necesario el desarrollo de ciertas regulaciones. Tal es el caso, entre otras, de las normas sobre compartición de infraestructura, interconexión o compartición de información de larga distancia.

De este modo, en las controversias vinculadas con el uso de la infraestructura

de postes por las empresas prestadoras de los servicios de distribución de radio-difusión por cable se evidenció la necesidad de emitir una regulación destinada a la compartición de infraestructura como mecanismo de promoción de la competencia y de acceso al mercado.

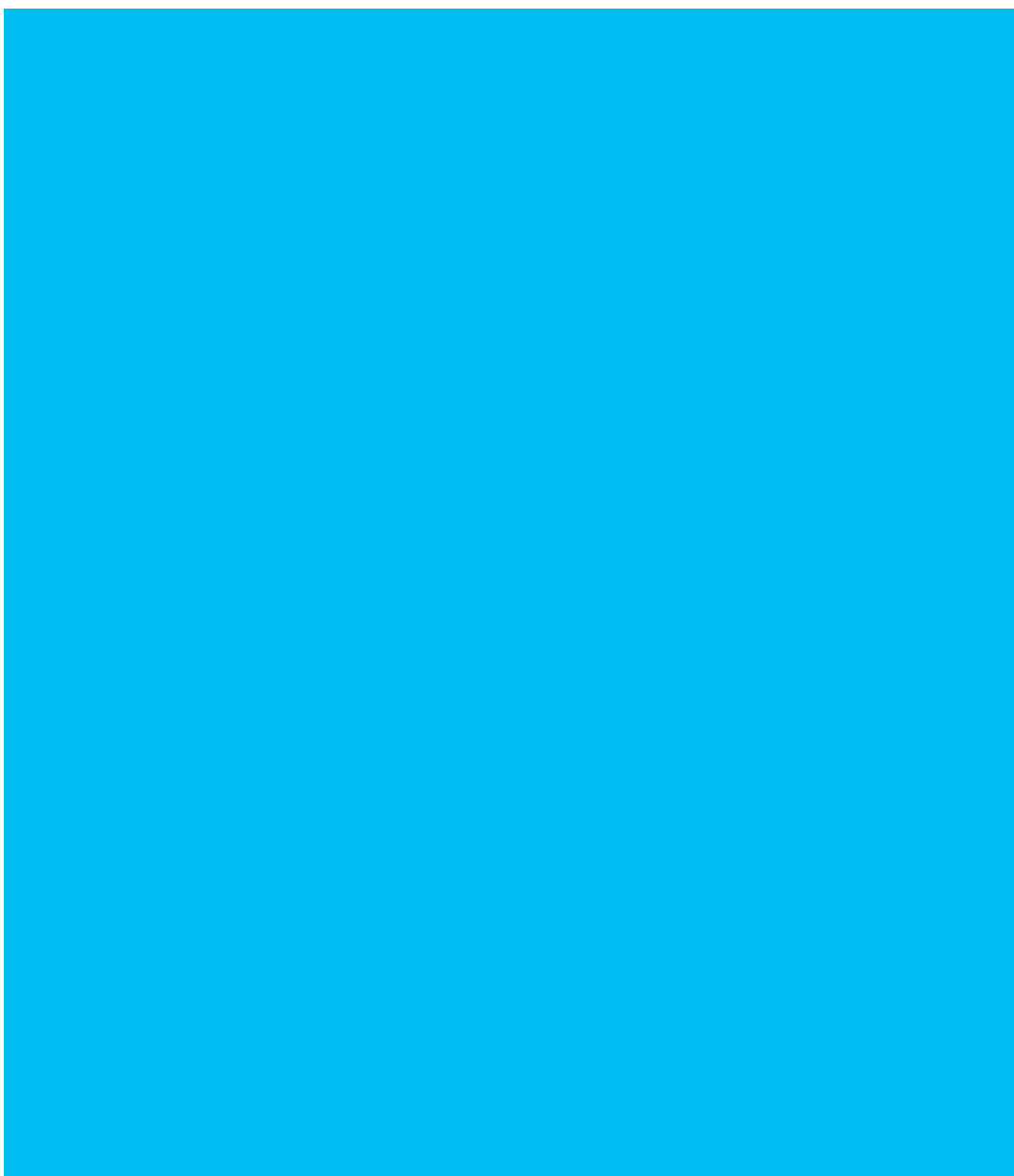
Asimismo, las controversias por temas vinculados con la interconexión de redes, además de facilitar el ingreso de nuevos operadores al mercado, permitieron abordar y/o revisar, entre otros temas, los cargos de interconexión que las empresas debían pagarse, el tráfico efectivamente cursado y los indicadores de calidad de la interconexión.

Igualmente, el caso en el que se discutió el uso de información privilegiada en perjuicio de los competidores permitió promover la normativa sobre la obligación de los concesionarios de telefonía fija de proporcionar información a los operadores de larga distancia.

Finalmente, sirva este breve recorrido sobre la experiencia del OSIPTEL en la solución de controversias entre empresas para agradecer el valioso aporte de todos aquellos profesionales que han conformado los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL, el Tribunal de Solución de Controversias, así como a todos los integrantes de la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados que han brindado soporte a estas instancias decisorias para lograr el resultado que hoy podemos apreciar.

**ANA ROSA MARTINELLI MONTOYA**

Secretaría Técnica de Órganos Colegiados



**LA FUNCIÓN DE  
SOLUCIÓN DE  
CONTROVERSIAS**  
EN LA INDUSTRIA DE  
TELECOMUNICACIONES  
EN EL PERÚ

# CAPÍTULO 1

# La Función de Solución de Controversias del OSIPTEL

## 1.1. El sector de telecomunicaciones en el proceso de privatización y la creación del OSIPTEL

En los países como el Perú, en los que la industria estuvo controlada por empresas estatales<sup>1</sup>, el proceso de privatización y liberalización del mercado estuvo marcado por el deseo de promover cuanto antes el mayor número de empresas privadas en el mercado. Sin embargo, en el caso peruano esto no fue posible desde el inicio, pues al momento de la privatización no había los incentivos suficientes para que varios operadores ingresaran al mercado. Así, antes de la privatización, tanto la cobertura como la densidad o penetración telefónica en el Perú era una de las más bajas de la región.<sup>2</sup>

En este escenario, la decisión política se orientó hacia la tarea de emprender una reestructuración del sector de telecomunicaciones para modernizarlo, satisfacer la demanda y brindar servicios de calidad acordes con estándares internacionales en el marco de una estructura tarifaria competitiva. El primer paso era modificar el marco

1. Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CPT) y Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (ENTEL)

2. Comisión Especial de Privatización de Telecomunicaciones - CEPRIT-TELECOM (1995), "La privatización de las telecomunicaciones", Lima, pág. i.

legal para que promueva la inversión privada y la libre y leal competencia en el sector. Como segundo paso correspondía transferir la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CPT) y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (ENTEL) a un operador de primer nivel mundial que se encargue del proceso de modernización del sector de telecomunicaciones, en la medida que en ese momento ni el Estado ni el sector privado aportarían recursos ni inversiones considerando la situación en la que se encontraba el sector.<sup>3</sup>

Con relación al marco legal que se emitió para la reforma, se encuentra el Decreto Legislativo 702 (DL 702), publicado el 7 de noviembre de 1991, mediante el cual se declaró de necesidad pública el desarrollo de las telecomunicaciones, aprobando normas que regulan la promoción de la inversión privada en este sector, y originando un nuevo escenario que incluía una mayor intervención de los agentes privados. Este escenario hacía necesaria la creación de una entidad que supervise el nuevo rol de los agentes privados. Con esa finalidad, el Decreto Ley 26096 del 28 de diciembre de 1992 y el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Ley de Telecomunicaciones), aprobado por el Decreto Supremo 013-93-TCC, del 6 de mayo de 1993, crearon el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), encargándole una doble función como ente regulador y agencia de competencia en el sector de las telecomunicaciones.

De otro lado, con relación al proceso de privatización en el sector se decidió entregar en exclusividad los servicios de telefonía local y de larga distancia nacional e internacional a un solo operador (Telefónica del Perú), por un determinado periodo, conocido como el periodo de concurrencia limitada. Ello se dio para generar mayor disposición de los inversionistas en comprometerse a expandir la red telefónica de modo significativo.

En 1994, mediante la Ley 26285, se estableció la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y portadores de larga distancia nacional e internacional, fijando un periodo de concurrencia limitada de cinco años. En este contexto, las empresas estatales CPT y ENTEL suscribieron con el Estado peruano los contratos de concesión correspondientes, que después recaerían en Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica), al culminar el proceso de privatización. En 1998, sin embargo, se modificaron los contratos de concesión<sup>6</sup> disponiéndose la culminación del periodo de concurrencia limitada al 1 de agosto de 1998, con lo que se da finalmente la apertura del mercado de las telecomunicaciones a la libre competencia<sup>7</sup>.

3. OSIPTEL. Memoria 1994: La transformación de las Telecomunicaciones en el Perú, Lima, 1995, pág. 16. Disponible en: [http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/buscador/wfrm\\_detalleInformacion.aspx?Codigo=7417&Ini=0&N=1](http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/buscador/wfrm_detalleInformacion.aspx?Codigo=7417&Ini=0&N=1)

4. Ley que Aprueba Capítulos Complementarios de las Normas que Regulan la Promoción de Inversión Privada en Telecomunicaciones, publicada el 28 de diciembre de 1992.

5. CEPRI-TELECOM. Op. Cit., pág. iv.

6. Mediante Decreto Supremo 021-98-MTC.

7. Una descripción detallada del proceso de privatización y liberalización (parcial), así como algunos antecedentes históricos importantes del sector de telecomunicaciones, puede ser vista en: ZEGARRA, Diego. "Servicio Público y Regulación. Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú", Lima: Palestra Editores, 2005, págs. 49-77.

## 1.2. Antecedentes normativos de la función de solución de controversias del OSIPTEL

El OSIPTEL tiene, entre sus funciones, la de solución de controversias, sobre la que recae el desarrollo del presente libro. Al respecto, el numeral 4 del artículo 77 de la Ley de Telecomunicaciones asignó al OSIPTEL la función de resolver controversias en la vía administrativa entre empresas operadoras de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido. Por su parte, en el artículo 69 se estableció que serían prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la competencia que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas darían lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del OSIPTEL, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras.

De otro lado, el artículo 7 de la Ley 26285, Ley de Desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia, publicada el 12 de enero de 1994, definía entre los objetivos del OSIPTEL el mantener y promover la competencia de una manera eficaz y equitativa. Para el cumplimiento de dicho objetivo, el artículo 4 del Reglamento del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo 062-94-PCM, establecía que le correspondía a este organismo proteger el mercado de los servicios públicos de telecomunicación de las prácticas restrictivas de la libre y leal competencia.

Luego, en 1998 se emitieron los Lineamientos de Política y Apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú, aprobados por Decreto Supremo 020-98-MTC, en los cuales se incluyó una sección referida a la política sobre Libre y Leal Competencia en Telecomunicaciones. En el artículo 111 de los mencionados Lineamientos se estableció que para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones del Decreto Legislativo 701<sup>8</sup> (DL 701), Decreto Legislativo 807<sup>9</sup> (DL 807) y las del Decreto Ley 26122<sup>10</sup> y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.

En 1999 se publicó el primer Reglamento General para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 27-99-CD/OSIPTEL, cuyo artículo 1 disponía que la norma se aplicaba exclusivamente a las controversias entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

8. Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, publicada el 5 de noviembre de 1991.

9. Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, publicada el 16 de abril de 1996.

10. Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, publicada el 24 de diciembre de 1992.



En el 2000, la Ley 27332, denominada Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, estableció una normativa común a todos los entes reguladores, señalando como sus funciones las siguientes: supervisar, regular, normar, fiscalizar y sancionar; además de la función importante de solución de controversias, y de la solución de reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 3 de la Ley 27332 y sus modificatorias, el OSIPTEL ejerce entre otras la función de solución de controversias, que -a tenor del artículo mencionado- comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas, dentro de su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos; reconociendo o desestimando los derechos invocados.

Posteriormente, en el artículo 36 de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, se estableció que este organismo es competente para conocer toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios. En ese sentido, se debía adecuar lo señalado en el primer Reglamento de Controversias, en lo relativo a que la función de controversias se aplicaba sólo a las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

Recogiendo lo señalado previamente, en el 2002, el OSIPTEL aprobó el Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL, que derogó el primer Reglamento, y que precisó la lista de materias que pueden ser objeto de una controversia<sup>11</sup>; sin embargo, posteriormente, algunas normas fueron precisando, ampliando y/o modificando las competencias del OSIPTEL.

Así, la Ley 28295<sup>12</sup> y el Decreto Legislativo 1019<sup>13</sup> ampliaron la competencia del OSIPTEL en materia de solución de controversias. La primera, publicada el 21 de julio de 2004 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-2005-MTC del 21 de marzo de 2005, asignaron al OSIPTEL la facultad de resolver las controversias que surjan entre empresas titulares de la infraestructura de uso público y los beneficiarios de la misma en aplicación de las referidas normas. Por su parte, el Decreto Legislativo 1019, publicado el 10 de junio de 2008 y sus normas complementarias, señalaron que el OSIPTEL era competente para resolver las controversias entre las concesionarias, derivadas de la ejecución de sus contratos o mandatos de compartición.

En el 2008 se promulgaron los Decretos Legislativos 1034<sup>14</sup>, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (DL 1034 o LRCA), y 1044<sup>15</sup>, Ley de Represión de la Competencia Desleal (DL 1044 o LRCD), que señalan expresamente la competencia que tiene el OSIPTEL para determinar y sancionar los actos contrarios a la libre y leal competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, de

11. Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL

Artículo 2.- Competencia de OSIPTEL.

OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con:

a. El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.

b. La interconexión de redes en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo concerniente a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.

c. El derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.

d. Tarifas y cargos diferentes a los que se refiere el inciso b) precedente.

e. Aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Asimismo, OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.

12. Ley que Regula el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, publicada el 21 de julio de 2004.

13. Decreto Legislativo que aprueba Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, publicado el 10 de junio de 2008.

14. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado el 25 de junio de 2008.

15. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicado el 26 de junio de 2008.

fijar las instancias competentes, las facultades de las mismas y los procedimientos que rigen su actuación.

Ante todas las modificaciones señaladas, era necesario elaborar un reglamento de controversias acorde con la normativa vigente. Fue así como, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL, se aprobó el nuevo Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas (el Reglamento de Solución de Controversias), derogando el anterior.

El actual Reglamento de Solución de Controversias rige la actuación del OSIPTEL en el ejercicio de su potestad de resolver controversias por la vía administrativa entre empresas, y de investigar infracciones a las normas de libre y leal competencia y otras señaladas en el Reglamento.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 9 de la Ley 29904<sup>16</sup>, los concesionarios de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica no pueden desarrollar prácticas que tengan efectos anticompetitivos o discriminatorios, facultando al OSIPTEL para sancionar cualquier incumplimiento a estas obligaciones, conforme al marco normativo aplicable. Asimismo, el artículo 13, numeral 13.4, inciso d) de la Ley 29904 prohíbe expresamente que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica o hidrocarburos efectúen prácticas discriminatorias o celebren acuerdos exclusivos con empresas de telecomunicaciones que constituyan conductas anticompetitivas, conforme a lo dispuesto en el DL 1034.

En el 2013 se emitió la Ley 30083<sup>17</sup>, mediante la cual se busca fortalecer la competencia, dinamizar y expandir el mercado de los servicios públicos móviles a través de la inserción de operadores móviles virtuales y de infraestructura móvil rural. En el artículo 4, numeral 4 de esta Ley se prohíbe que los operadores móviles con red, operadores móviles virtuales o de infraestructura móvil rural puedan establecer prácticas lesivas a la libre competencia. Asimismo, en el artículo 16 se señala que el OSIPTEL ejercerá potestad sancionadora, conforme a lo previsto en sus normas especiales. En ese sentido, las instancias de solución de controversias podrán resolver aquellas controversias que surjan como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia y otras materias de su competencia.

16. Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, publicada el 20 de julio de 2012.

17. Ley que establece medidas para fortalecer la competencia en el mercado de los servicios públicos móviles, publicada el 22 de setiembre de 2013.

## 1.3. Las materias bajo el marco de la función de solución de controversias

Conforme al marco normativo vigente, el OSIPTEL tiene competencia para conocer y resolver controversias entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones cuando se trate de las siguientes materias:

- El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia. En los casos de libre competencia se aplica lo regulado en el DL 1034, que tipifica y sanciona las conductas anticompetitivas, como el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales, que afecten el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, es de aplicación el DL 1044, para los actos de competencia desleal en el marco de los servicios públicos de telecomunicaciones.

- La interconexión de redes en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones

Aquí resulta de aplicación el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, Resolución de Consejo Directivo N° 134-2012-CD/OSIPTEL (TUO de Interconexión vigente), que define los conceptos básicos de la interconexión de redes y de servicios públicos de telecomunicaciones, y además señala las normas técnicas, económicas y legales que deben tomar en cuenta los contratos de interconexión celebrados entre operadores de servicios públicos de telecomunicaciones y los pronunciamientos sobre interconexión emitidos por el OSIPTEL.

- El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones

Controversias relacionadas con esta materia pueden surgir cuando existen discrepancias derivadas de la ejecución de contratos y/o mandatos de acceso y uso compartido de infraestructura, dentro del ámbito de aplicación de los siguientes marcos normativos: (i) La Ley 28295, Ley que Regula el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicios Públicos de Teleco-

municaciones y su Reglamento y otras normas que dicte el OSIPTEL entre empresas titulares de la infraestructura de uso público y los beneficiarios de la misma; (ii) Decreto Supremo 009-2005-MTC, Reglamento de la Ley 28295; y, (iii) Decreto Legislativo 1019, Ley de acceso a Infraestructura de los Proveedores Importantes de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, sobre la ejecución de contratos o mandatos de compartición.

Cabe indicar que las instancias de solución de controversias sólo han conocido y tramitado casos referidos a la Ley 28295 y su Reglamento. A la fecha no se han presentado casos en los que se aplique las normas del Decreto Legislativo 1019 y sus Disposiciones Complementarias<sup>18</sup>, en la medida que esta norma aún está en proceso de implementación<sup>19</sup>.

Por su parte, también las siguientes materias son de competencia del OSIPTEL siendo aplicable lo dispuesto en el Reglamento de Solución de Controversias:

- El derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.
- Tarifas y cargos diferentes a los referidos a la interconexión de redes.
- Aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Además, es preciso resaltar lo señalado anteriormente en cuanto a que el OSIPTEL es competente para resolver controversias entre una empresa de servicios públicos de telecomunicaciones y una empresa de otro sector –al menos una de las partes debe tener la condición de empresa operadora– siempre que haya una afectación al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. En estos casos, el OSIPTEL puede sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, en los casos de la comisión de infracciones previstas en el marco normativo en el ámbito de competencia de las instancias de solución de controversias.

## 1.4. El Procedimiento de Solución de Controversias

El actual Reglamento de Solución de Controversias regula la manera en la que el OSIPTEL debe llevar a cabo el procedimiento, que según su objeto, puede ser de

18. Aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD/OSIPTEL.

19. Para la determinación de los Proveedores Importantes, el OSIPTEL ha emitido la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2009-CD/OSIPTEL, Metodología y Procedimiento para determinar Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones sujetos a obligaciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 1019. Posteriormente, en el 2011 se emitió el Documento Marco para la Determinación de Proveedores Importantes en el Mercado de las Telecomunicaciones. Cabe resaltar que actualmente solo se ha considerado como proveedor importante en el mercado de Internet Fijo vía ADSL a Telefónica del Perú S.A. y a sus vinculadas que presten el mismo servicio. El organismo regulador se encuentra determinando los proveedores Importantes de otros mercados de telecomunicaciones.

dos tipos: (i) procedimiento que se refiera a la comisión de infracciones, o (ii) procedimiento que no se refiera a la comisión de infracciones. Para ambos, existen dos sedes: la sede administrativa previa, obligatoria y de competencia exclusiva del OSIP-TEL, y la sede judicial, mediante el proceso contencioso administrativo.

Dentro de la vía administrativa, los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL (CCO) son los Órganos Colegiados competentes para conocer y resolver las controversias en primera instancia, y son elegidos para cada caso en particular; mientras que en segunda instancia es el Tribunal de Solución de Controversias (TSC) el competente para resolver los recursos impugnatorios presentados ante primera instancia. Tanto los CCO como el TSC son órganos resolutivos autónomos e independientes.

Cada CCO está conformado por 3 miembros (excepcionalmente 5, de ser necesario) nombrados por el Consejo Directivo del OSIPTEL, o por el Presidente del OSIP-TEL en el caso de delegación o cuando no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente<sup>20</sup>. La designación debe realizarse en un plazo no mayor a 10 días posteriores a la interposición de la denuncia o reclamación.

Es necesaria la asistencia de la mayoría de los miembros del CCO para sesionar. La resolución final y otras que pongan fin a la primera instancia requieren el voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros, mientras que para otras decisiones basta con el voto aprobatorio de la mayoría de asistentes. Finalmente, es importante señalar que el CCO mantiene competencia, después de resuelta la controversia, respecto de la ejecución y cumplimiento de sus resoluciones.

De otro lado, el TSC se encuentra conformado por 5 miembros designados mediante resolución suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, por el Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro de Transportes y Comunicaciones, siendo el encargado de resolver en última instancia administrativa los procedimientos de solución de controversias. Cabe indicar que el quórum del TSC es la mitad más uno de los miembros hábiles, requiriéndose la mayoría de sus miembros para resolver.

La Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados del OSIPTEL (ST) es el órgano de apoyo técnico y administrativo de los Órganos Colegiados que sirve de conexión entre estos y el OSIPTEL, contando, para el análisis y tramitación de los casos, con dos Secretarías Técnicas Adjuntas –la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados (STCCO) en primera instancia y la Secretaría Técnica del Tribunal de Solución de Controversias (STTSC) en segunda.

La ST junto con sus Secretarías Técnicas Adjuntas, en cuanto les corresponda, tienen las siguientes funciones: tramitar los asuntos que se sometan a conocimiento de los CCO y el TSC, prestar apoyo logístico y técnico, realizar inspecciones, resguardar información confidencial, realizar indagaciones e investigaciones, realizar investigaciones preliminares, recomendar el inicio de controversias de oficio, elaborar los informes instructivos de las controversias, realizar estudios y publicar informes, elaborar propuestas de linea-

20. Según el artículo 86 inciso j) del Reglamento General del OSIPTEL.

mientos, realizar actividades de capacitación y difusión de la aplicación de las normas, entre otras señaladas en el Reglamento de Solución de Controversias.

### 1.4.1. Procedimientos que no versan sobre la comisión de una infracción

Estos procedimientos trilaterales se inician a solicitud de parte; sin embargo, excepcionalmente en el caso que involucren materias que afecten al mercado de telecomunicaciones, más que a una empresa operadora en particular, se pueden iniciar de oficio. Se dividen en cuatro etapas: postulatoria, conciliatoria, probatoria y resolutoria.

- Etapa postulatoria, en la cual se evalúa la legitimidad para obrar del reclamante y los requisitos exigidos para que se pueda evaluar una reclamación. Cabe la posibilidad en ciertos casos que, previamente a la admisión de la reclamación, el CCO efectúe actuaciones previas para recabar información adicional o identificar indicios razonables de infracciones al marco normativo. El CCO tiene un plazo de 5 días hábiles luego de su designación o de dar como concluidas las actuaciones previas –si se realizasen– para pronunciarse sobre la admisión de la reclamación, pudiendo admitirla a trámite, o declararla improcedente o inadmisibile. En caso se admita la reclamación, el reclamado debe proceder a contestar la reclamación (y de ser el caso plantear excepciones), en un plazo no mayor a 15 días hábiles después de haber sido notificado.

- Etapa conciliatoria, en la cual se realiza una audiencia de conciliación, excepto en el caso de una manifestación por escrito de las partes de no conciliar. Cabe señalar que si el acta de conciliación contiene acuerdos (sean de solución definitiva o temporal hasta que acabe la controversia), estos surtirán efectos siempre que el CCO lo apruebe a través de una resolución. La conciliación surte el efecto de la resolución final y tiene el carácter de cosa juzgada. Los acuerdos conciliatorios se pueden producir en cualquier momento del procedimiento antes de la notificación de la resolución de segunda instancia que cause estado, salvo que la resolución de primera instancia hubiese quedado consentida.

- Etapa probatoria, iniciada cuando las partes no llegan a un acuerdo en la etapa anterior. Tiene un plazo máximo de duración de 60 días prorrogables por 30 días adicionales. Se lleva a cabo una única audiencia de pruebas en la que se detallan todos los medios ofrecidos por las partes. Culminada la audiencia de pruebas, las partes pueden presentar sus alegatos.

- Etapa resolutoria, en la cual se emite la resolución final que pone fin a la instancia en un plazo no mayor a 30 días –excepcionalmente prorrogable por 15 días más– después de que las partes presentaron sus alegatos o se realizó el informe oral. La apelación de esta resolución –no cabe reconsideración– debe ser presentada en un plazo no mayor a 15 días después de la notificación, teniendo el Cuerpo Colegiado un plazo de 5 días para concederla o denegarla.

En caso el CCO conceda el recurso de apelación, el expediente se eleva al TSC. Dentro de los 5 días siguientes se correrá traslado de la apelación de la resolución final concediéndose un plazo de 10 días para absolver la apelación. Asimismo, de ser solicitado, se realizará un informe oral y, de ser necesario, se realizará una audiencia de pruebas antes de emitirse la resolución final, en un plazo de 30 días después de haber recibido la contestación de la apelación (pudiéndose prorrogar por un plazo de 30 días adicionales).

## 1.4.2. Procedimientos que involucren la comisión de infracciones

Esta clase de procedimientos pueden ser iniciados a solicitud de parte o de oficio, siendo que, en ambos casos, la STCCO actuará como órgano instructor realizando diligencias, solicitando información y evaluando el material probatorio con el fin de emitir el Informe Instructivo.

### a. Procedimiento a solicitud de parte

A diferencia del procedimiento que no involucra una infracción, se eliminan las etapas conciliatoria y probatoria y se incluye una etapa de investigación. Ello, en la medida que existe un interés público de protección del marco normativo vigente por parte del OSIPTEL, no correspondiendo una conciliación entre los intereses de las partes sino la instrucción por parte de la STCCO. El procedimiento por etapas se puede resumir de la siguiente manera:

- Etapa postulatoria, en la cual se evalúa la legitimidad para obrar del denunciante y que se cumplan los requisitos de la denuncia. Al igual que en los procedimientos que no involucran la comisión de infracciones, puede disponerse de una etapa de actuaciones previas, mediante las cuales los CCO pueden recabar mayores indicios a fin de decidir iniciar el procedimiento. Luego de la evaluación de la legitimidad para obrar del denunciante, los requisitos de la denuncia, así como los resultados de las actuaciones previas –según fuese el caso–, se emite una resolución que admite la denuncia y corre traslado de la misma a las partes del procedimiento.

- Etapa de investigación, a cargo de la STCCO, con una duración de 180 días calendario con una ampliación de 30 días calendario. En esta etapa, la STCCO puede solicitar información a empresas directamente involucradas y a aquellas no involucradas, solicitar supervisiones, peritajes y/o consultorías, entre otras actuaciones que conlleven a obtener mayores medios probatorios. Por su parte, las partes involucradas también pueden presentar medios probatorios durante la tramitación del procedimiento. De otro lado, en las controversias sobre libre y leal competencia, se solicita 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 emplea.

- La STCCO emite el Informe Instructivo, que incluye una opinión sobre la denuncia y recomienda –de ser el caso– la imposición de las sanciones y medidas correctivas que correspondieran, dentro de los 10 días después de vencido el plazo de la etapa de investigación. Este informe es presentado ante el CCO, quien lo notifica a las partes para que estas puedan formular sus alegatos en un plazo no mayor a 15 días. Por su parte, el CCO, de considerarlo necesario para resolver, puede realizar actuaciones complementarias como solicitar información relevante para resolver.

- Etapa resolutoria, en la cual el CCO expide la resolución final en un plazo no mayor a 30 días después de vencido el plazo para que las partes presenten sus alegatos o al día siguiente de realizado el informe oral (si lo hubiese), prorrogables por 15 días adicionales. Procede la apelación de la resolución final –mas no la reconsideración– en un plazo no mayor a 15 días contados desde el día siguiente a su notificación.

En caso el CCO conceda el recurso de apelación, el expediente se eleva al TSC. La STTSC correrá traslado de la apelación de la resolución final concediendo un plazo de 10 días para absolver la apelación. Por su parte, de ser solicitado, se realiza un informe oral y, de ser necesario, una audiencia de pruebas, antes de emitirse la resolución final en un plazo de 30 días después de haber recibido la contestación de la apelación (prorrogables por 30 días adicionales). Al igual que en los procedimientos que no involucran la comisión de una infracción, no cabe reconsideración ante la resolución final de segunda instancia.

## **b. Procedimiento de Oficio**

El OSIPTEL puede iniciar procedimientos de oficio con el fin de investigar y determinar la comisión de infracciones sobre las materias de su competencia en resguardo de los intereses de los usuarios o empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.



A solicitud de parte o de oficio, la ST podrá realizar investigaciones preliminares con el fin de identificar ciertos actos que pudieran constituir una infracción conforme a las materias que se encuentran bajo el ámbito de la competencia de las instancias de solución de controversias, lo cual se plasma en un informe debidamente fundamentado. De encontrarlo necesario, la ST solicitará al Consejo Directivo del OSIPTEL la conformación de un CCO que evalúe el informe de investigaciones preliminares y determine el inicio de la controversia.

Posteriormente, el Cuerpo Colegiado emite una resolución que da inicio al procedimiento, poniéndose la misma en conocimiento de las partes involucradas, quienes en un plazo de 15 días deben comunicar sus pretensiones y posiciones, así como presentar medios probatorios.

De forma complementaria, a este procedimiento le son aplicables las normas que regulan el procedimiento que involucra la comisión de infracciones a solicitud de parte, desarrolladas en el acápite precedente.

Finalmente, es importante señalar que las instancias de solución de controversias pueden emitir precedentes vinculantes, cuando en la resolución de casos particulares interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones. Estos constituyen precedentes de observancia obligatoria en materia administrativa –mientras que dicha interpretación no sea modificada por una resolución debidamente motivada– y deben ser publicados en el Diario Oficial “El Peruano”, cuando la resolución queda firme.

### 1.4.3. Procedimientos sancionadores por infracciones cometidas durante la tramitación de las controversias

La ST puede investigar la comisión de infracciones cometidas con ocasión de la tramitación de los procedimientos expuestos en los puntos anteriores, que son distintas a las infracciones evaluadas durante el procedimiento y que serán analizadas en la resolución final, como podría ser –por ejemplo– la presentación de información inexacta en respuesta a solicitudes de la ST o de las instancias de solución de controversias. En efecto, si una empresa que es parte de un procedimiento comete una infracción que se encuentre tipificada en el marco normativo del OSIPTEL, en particular en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones <sup>21</sup>, dicha conducta será evaluada por la STCCO o la STTSC (en la fase de instrucción) y por el Cuerpo Colegiado o el TSC (en la fase resolutoria) conforme lo establece el Reglamento de Solución de Controversias.

21. Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

## 1.5. Estadísticas de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL

Conforme se aprecia del siguiente cuadro, hasta fines del 2013, el OSIPTEL ha tramitado 121 controversias, de las cuales más de la mitad se encuentran relacionadas con el cumplimiento de la normativa de libre y leal competencia (70 casos relacionados con estos temas):

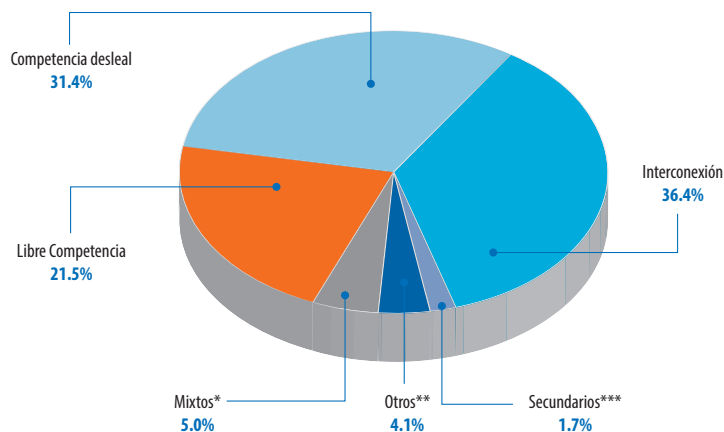
**Cuadro 1. Evolución del número de expedientes de controversias iniciados por año**

Materia	LC	CD	Interconexión	Mixtas*	Otras**	Secundarios***	Total
1994	0	0	1	0	0	0	1
1995	1	1	1	0	0	0	3
1996	1	1	0	0	0	0	2
1997	0	0	1	0	0	0	1
1998	0	0	1	1	0	0	2
1999	2	2	1	1	0	0	6
2000	2	0	5	0	0	0	7
2001	6	0	3	1	0	0	10
2002	2	0	11	1	0	0	14
2003	2	3	10	1	0	0	16
2004	2	2	3	0	0	0	7
2005	4	7	3	1	0	0	15
2006	0	5	2	0	0	0	7
2007	0	2	0	0	0	0	2
2008	0	2	1	0	0	0	3
2009	0	0	1	0	1	0	2
2010	0	0	0	0	2	0	2
2011	2	3	1	0	0	0	6
2012	0	2	0	0	0	1	3
2013	2	8	0	0	1	1	12
<b>Total</b>	<b>26</b>	<b>38</b>	<b>44</b>	<b>6</b>	<b>5</b>	<b>2</b>	<b>121</b>

\*Mixtos: Competencia Desleal, Interconexión y Libre Competencia. \*\*Otros: Arrendamiento de Circuitos y Compartición de Infraestructura. \*\*\*Secundarios: Procedimientos Sancionadores, que se inician por "infracciones cometidas durante la tramitación del expediente principal (controversia)". Fuente: OSIPTEL.

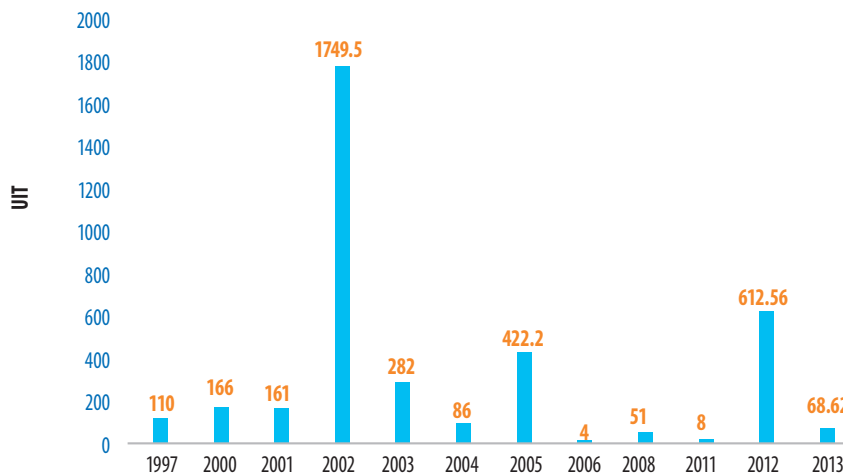
Los porcentajes exactos relacionados con los expedientes por materia aparecen en el siguiente gráfico, en donde se puede observar que el 36.4% de las controversias iniciadas ante OSIPTEL han versado sobre interconexión, 31.4% sobre competencia desleal, mientras que el 21.5% se encuentran bajo el ámbito de la aplicación de la normativa de libre competencia. Además, el 5% de los casos ha involucrado temas tanto de interconexión como de libre competencia y/o competencia desleal:

**Gráfico 3. Distribución de los expedientes de controversias por materia**



\*Mixtos: Competencia Desleal, Interconexión y Libre Competencia. \*\*Otros: Arrendamiento de Circuitos y Compartición Infraestructura. \*\*\*Secundarios: Procedimientos Sancionadores, que se inician por "infracciones cometidas durante la tramitación del expediente principal (controversia)". Fuente: OSIPTEL.

Por su parte, en relación con la imposición de multas por parte de la agencia de competencia en la industria de telecomunicaciones peruana, las instancias de solución de controversias han impuesto 3,720.88 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) en multas desde 1997 hasta el 2013. Como se puede observar en el siguiente gráfico, el año en el cual se registró la mayor cantidad de UIT por multas en materia de controversias fue el 2002, destacando en dicho año la imposición de una multa de 1,097 UIT a Telefónica por la comisión de prácticas contrarias a las normas de interconexión y libre competencia:

**Gráfico 4. Multas impuestas por los CCO y el TSC, en UIT**


Las multas se muestran según el año en que se impusieron a través de la resolución final del CCO. Fuente: OSIPTEL.

El monto total de las multas impuestas entre los años 1997 y 2013 equivale a S/. 11'905,148, considerando el valor de la UIT por año, tal y como se puede observar en el siguiente cuadro:

**Cuadro 2. Multas impuestas por los CCO y el TSC, en Nuevos Soles**

Año	Valor de UIT (S/.)	Multa (S/.)
1997	2,400	264,000
2000	2,900	481,400
2001	3,000	483,000
2002	3,100	5,423,450
2003	3,100	874,200
2004	3,200	275,200
2005	3,300	1,393,260
2006	3,400	13,600
2008	3,500	178,500
2011	3,600	28,800
2012	3,650	2,235,844
2013	3,700	253,894
<b>Total</b>		<b>11,905,148</b>

Las multas se muestran según el año en que se impusieron a través de la resolución final del CCO. Fuente: OSIPTEL.

Asimismo, es de indicar que a la fecha la totalidad de las resoluciones emitidas por las instancias de solución de controversias que han sido cuestionadas ante el Poder Judicial, vía proceso contencioso administrativo, han sido confirmadas en dicha sede.

De otro lado, cabe señalar que las conductas más frecuentes en relación con la aplicación de la normativa de libre competencia son las conductas de abuso de posición de dominio, con predominancia en las conductas de negativa injustificada de trato. Por su parte, bajo el ámbito de aplicación de la normativa de represión de la competencia desleal, las conductas más frecuentes evaluadas en las controversias del OSIPTEL son los actos de violación de normas. Para mayor detalle, los tipos de conducta que han sido evaluados por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL serán desarrollados en los capítulos posteriores.

Con relación a la facultad de las instancias de solución de controversias de emisión de precedentes de observancia obligatoria, el TSC ha emitido cuatro precedentes<sup>22</sup> en las siguientes materias: (i) uso indebido de los procedimientos de solución de controversias para impedir el corte del servicio; (ii) la definición de servicio a efectos de suspender la interconexión por falta de pago; (iii) sobre el alcance de las infracciones por interrupción, corte o suspensión indebida de un enlace de interconexión; y, (iv) la improcedencia para que un denunciante no sancionado mediante un recurso impugnatorio cuestione el ejercicio de la potestad sancionadora de las instancias de solución de controversias. Para mayor detalle, dos de los cuatro precedentes de observancia obligatoria serán desarrollados más adelante por su trascendencia en el marco regulatorio.

Finalmente, es importante resaltar el rol del OSIPTEL en la solución de controversias, el cual se encuentra dirigido a: (i) proveer un mecanismo oportuno y eficiente para la solución de conflictos entre las empresas operadoras por una autoridad independiente y técnica; (ii) permitir la identificación de aspectos no definidos o vacíos de la regulación del sector, que dan lugar a conflictos entre empresas operadoras; y, (iii) generar retroalimentación constante entre las áreas de OSIPTEL para perfeccionar el marco regulatorio.

22. Resolución N° 024-2003-TSC/OSIPTEL del 22 de julio de 2003, en la controversia seguida por Nortek Communications S.A.C. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 003-2003-CCO-ST/IX), Resolución N° 016-2006-TSC/OSIPTEL del 6 de octubre de 2006, en la controversia seguida por Telefónica del Perú S.A.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 003-2005-CCO-ST/IX), Resolución N° 006-2007-TSC/OSIPTEL del 20 de julio de 2007, en la controversia seguida por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telmex del Perú S.A. (Exp. 007-2006-CCO-ST/IX), y Resolución N° 005-2012-TSC/OSIPTEL del 11 de julio de 2012, la controversia seguida por Telefónica Multimedia S.A.C. contra T.V.S. Satelital S.A.C. (Exp. 003-2011-CCO-ST/LC).

# CAPÍTULO 2

## EL OSIPTEL como Agencia de Competencia

23. Previamente, un día antes de la promulgación del DL 701, se había promulgado el Decreto Legislativo 691, Dictan Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Aunque las normas de publicidad comercial normalmente se han entendido como parte del ordenamiento de represión de las prácticas desleales, en ese entonces, las legislaciones de represión de la competencia desleal y de publicidad comercial se encontraban separadas.

24. Entre otras: El Decreto Legislativo 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario; el Decreto Legislativo 668, Dictan medidas destinadas a garantizar la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para el desarrollo del país; el Decreto Legislativo 690, Declaran de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria; el Decreto Legislativo 697, Ley de Promoción a la Inversión Privada en el Campo del Saneamiento; el Decreto Legislativo 702, Declaran de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprueban normas que regulan la Promoción de Inversión Privada en

### 2.1. Evolución de la legislación de libre y leal competencia en el Perú

La aparición de la primera legislación y, con ello, el nacimiento de una política de protección de la competencia en el Perú se remonta a 1991, con la emisión del Decreto Legislativo 701, Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia; y posteriormente en el 1992, con el Decreto Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal<sup>23</sup>.

Estas normas, junto con varias otras de relevancia en materia de ordenación del mercado<sup>24</sup>, se dieron en el contexto de un amplio programa de liberalización de la economía peruana, tras abandonar las décadas previas marcadas por proteccionismo económico e intervencionismo estatal.

Antes del programa de liberalización de la década de los noventa, se habían dictado algunas normas de alguna manera relacionadas con la competencia y la ordenación de los mercados; sin embargo, difícilmente se podría decir que alguna de ellas estuviera dirigida a la defensa de la competencia, de modo similar o análogo al que lo hizo el DL 701 y al que lo hacen la gran mayoría de las legislaciones modernas de defensa de la competencia. La mayoría de estas disposiciones precedentes al DL 701 eran fragmentarias y poco consecuentes con un sistema de economía de

mercado, puesto que contemplaban sistemas de control de precios, prohibiciones y sanciones contra el acaparamiento y la especulación, entre otros<sup>25</sup>.

Es recién con la emisión del DL 701 y con la consagración de la protección de la libre competencia en la Constitución Política del Perú de 1993<sup>26</sup> que se puede hablar propiamente del origen de la defensa de la competencia en nuestro país.

El programa de reformas económicas implantado en los noventa supuso un redimensionamiento del tamaño y del papel del Estado en la economía, principalmente mediante el traslado de sus actividades empresariales al sector privado, a través de diversos procesos de privatización<sup>27</sup> que reducirían el déficit de las empresas públicas y permitiría una mayor recaudación fiscal<sup>28</sup>. Ello se vio complementado con la desregulación de ciertos ámbitos de las actividades económicas. Este fenómeno privatizador y desregulador implicaba una transformación de una economía liderada por el Estado a una economía de mercado. El nuevo programa económico implicaba la venta de más de 200 empresas estatales, la reducción de los subsidios estatales y del control de precios, entre otros<sup>29</sup>.

El cambio del modelo económico implicó no solo la incorporación de legislación que defendiera la competencia en el mercado, sino también la adopción de normas que promovieran la privatización en diversos sectores de la economía y protegieran la inversión privada nacional y extranjera.

Así, en el caso de las telecomunicaciones, el cambio se inició a nivel normativo con la promulgación del DL 702, que declaró de necesidad pública el desarrollo de las telecomunicaciones, aprobando normas que regulan la promoción de la inversión privada en este sector, y originando un nuevo escenario que incluía una mayor intervención de los agentes privados. Ello fue complementado con la creación de la entidad supervisora de la inversión privada en el sector. De esta manera, el Decreto Ley 26095<sup>30</sup>, el Decreto Ley 26096<sup>31</sup> y el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Ley de Telecomunicaciones), aprobado por el Decreto Supremo 013-93-TCC, concibieron la creación del OSIPTEL, encargándole una doble función como ente regulador y agencia de competencia en el sector de las telecomunicaciones.

Si bien las primeras normas en materia de competencia fueron los ya referidos DL 701 y Decreto Ley 26122, durante la década de los noventa se emitieron algunas normas que ayudaron a reforzar el régimen peruano de protección de la competencia, como el Decreto Legislativo 788<sup>32</sup>, que derogó el régimen de autorización previa de los acuerdos colusorios aplicable cuando la autoridad de competencia estimara que estos acuerdos, pese a restringir la competencia, pudieran contribuir a mejorar la producción o comercialización de bienes o a promover el progreso técnico o económico, tuvieran por objeto promover la capacidad exportadora nacional, entre otras razones.

Años más tarde, se promulgó el DL 807 que reforzaba las potestades de las agencias peruanas de competencia –incluyendo un importante incremento en la magnitud de las

telecomunicaciones; el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas; el Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI; Decreto Ley 25965, Crean la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

25. Ver GAGLIUFFI, Ivo. "Viaje a la Semilla: ¿Cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701?". En: FACULTAD DE DERECHO (Varios Autores). XXV años de la Facultad de Derecho. Lima: Universidad de Lima, 2006.

26. Constitución Política del Perú Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

27. KRESALJA, Baldo. "El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos", en: Themis N° 39. Lima, 1999, p. 83.

28. TÁVARA, José. "Regulación y Democracia: Balance de las Reformas y Agenda Pendiente", en: Derecho y Sociedad N° 26, 2006, p. 85.

29. ALCÁZAR, Lorena y Xu LIXIN. "El intento de privatización de las empresas de agua y desagüe de Lima-Perú". En: FERNÁNDEZ BACA, Jorge (Ed.). Experiencias de Regulación en el Perú. Lima: Universidad del Pacífico. 2004, p. 295.

30. Publicado el 29 de diciembre de 1992.

31. Ley que aprueba Capítulos Complementarios de las Normas que Regulan la Promoción de Inversión Privada en Telecomunicaciones, publicada el 28 de diciembre de 1992.

32. Publicado el 31 de diciembre de 1994.

multas que podía imponer-, hacía precisiones sustantivas sobre prácticas anticompetitivas previamente tipificadas por la ley, y añadía y derogaba algunos tipos infractores .

Finalmente, en el 2008 se promulgaron las nuevas normas en materia de defensa de la libre competencia (DL 1034) y represión de la competencia desleal (DL 1044), en las cuales OSIPTEL colaboró participando en las discusiones previas para la elaboración de las mismas y efectuando comentarios a los proyectos de norma.

Estas nuevas normas se emitieron como consecuencia de la celebración del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos, lo que motivó que el Congreso otorgara facultades legislativas al Poder Ejecutivo para legislar en una serie de materias económicas, a efectos de adecuar nuestro ordenamiento a las obligaciones contraídas en el acuerdo comercial.

De manera general, se pueden destacar los siguientes aspectos de la nueva norma de libre competencia:

- La delimitación de los ámbitos de aplicación objetivo, subjetivo y territorial.
- La incorporación de pautas expresas para la delimitación del mercado relevante y la identificación de la posición de dominio
- El reconocimiento de las reglas per se (prohibiciones absolutas) y de la razón (prohibiciones relativas).
- La incorporación expresa de las prácticas colusorias verticales como un tipo expreso de conducta anticompetitiva.
- El reconocimiento expreso de nuevos supuestos de conductas anticompetitivas (abuso de procesos legales, contratos de exclusividad).
- La precisión en el sentido de que solo las conductas de abuso de posición de dominio de efecto excluyente (y no explotativo) se encuentran prohibidas.
- El establecimiento de un procedimiento más detallado por etapas de investigación de conductas anticompetitivas.
- El incremento de la magnitud de las multas.
- La despenalización de las conductas anticompetitivas.
- OSIPTEL mantuvo competencias para evaluar las conductas anticompetitivas que afectaran los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.



En el ámbito de la represión de la competencia desleal se pueden resaltar los siguientes elementos de la nueva norma:

- La unificación de las normas de represión de la competencia desleal y de publicidad comercial en un solo cuerpo normativo.
- La delimitación de los ámbitos de aplicación objetivo, subjetivo y territorial.
- La distinción entre los supuestos de confusión y explotación de la reputación ajena.
- El reconocimiento expreso de la objetividad como requisito de licitud para los actos de comparación y denigración.
- La incorporación de la competencia prohibida relativa como supuesto de acto de violación de normas.
- La sanción de la actividad empresarial estatal no subsidiaria como un caso de violación de normas.
- La incorporación de un nuevo supuesto de conducta desleal: los actos de sabotaje empresarial.
- El establecimiento de un procedimiento más detallado por etapas de investigación de actos desleales.
- OSIPTEL mantuvo competencias para evaluar los actos desleales que afectarían los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.

Finalmente, un aspecto particular sobre la evolución del régimen de defensa de la competencia en el Perú es la notoria ausencia de un sistema de control de concentraciones empresariales.

En efecto, a diferencia de la mayoría de países que cuentan con legislación anti-trust, en el Perú no existe un control previo de las fusiones y adquisiciones empresariales desde la perspectiva de protección de la competencia, aplicable a todos los mercados. Únicamente existe este tipo de legislación para el sector eléctrico, previsto en la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, y su Reglamento, Decreto Supremo 017-98-ITINCI.

No obstante, las normas del sector de telecomunicaciones condicionan la transferencia de concesiones (para prestar los servicios públicos de telecomunicaciones)

35. Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 117-  
(...)

Las concesiones y asignaciones de espectro relativas a aquellas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, la cual será formalizada mediante Resolución Viceministerial.

La adenda respectiva será suscrita en un plazo de 60 días hábiles, previa presentación del documento que acredite el acuerdo de transferencia. En caso de incumplimiento del plazo antes mencionado por parte del interesado, la aprobación quedará sin efecto de pleno derecho, sin perjuicio de que se expida el acto administrativo correspondiente.

Suscrita dicha adenda, el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y obligaciones derivadas de la concesión.

La transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada. Entiéndase por causa justificada a las señaladas en el artículo 113, a toda situación que pudiera atentar contra lo dispuesto en el artículo 6 de la ley y aquellas que señale la Ley, el reglamento u otra disposición legal.

36. Ley de Telecomunicaciones  
Artículo 6.- El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado. (...)

37. El análisis del MTC consideró los siguientes factores:

- La existencia de una prohibición de

y las asignaciones de espectro a la aprobación previa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).

Así, el artículo 117 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones<sup>35</sup> establece las causales que podrían condicionar o denegar la transferencia de concesiones, entre las que se encuentra la posible vulneración del artículo 6 de la Ley de Telecomunicaciones, artículo referido a evitar los efectos del monopolio y las prácticas restrictivas de la competencia<sup>36</sup>. En virtud de estas normas, el MTC ha interpretado que en su evaluación para la transferencia de concesiones debe considerarse también los efectos que se produzcan para la competencia en los mercados involucrados.

Aunque presenta similitudes, la evaluación que realiza el MTC en el marco del sistema de aprobación de la transferencia de concesiones no es la misma que se efectúa en un sistema de control de concentraciones empresariales. Así, en el caso de la evaluación que realiza el MTC se analizarán los efectos de la operación, como la posible creación de una posición de dominio y también el posible comportamiento de las empresas, con independencia de las características de la operación que dio origen a dicha solicitud, es decir, incluso si es que la transferencia no genera propiamente una concentración.

Las características de la evaluación que realiza el MTC fueron detalladas en la Resolución Viceministerial 160-2005-MTC/03, por la cual se aprobó, con condiciones, la transferencia de concesiones de Telefónica Móviles S.A.C. a Comunicaciones Móviles del Perú S.A.

Por su parte, el OSIPTEL también ha elaborado una metodología de análisis para medir el impacto de las transferencias de concesiones y asignaciones de espectro respecto de las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones. En dicho documento se detallan las etapas de análisis que se resumen en<sup>38</sup>:

- 1) Analizar la naturaleza de la operación que dio origen a la solicitud de transferencia de concesiones identificando si la misma se produjo como resultado de una concentración de empresas o si implica la unificación o reorganización empresarial de un grupo económico;
- 2) Evaluar el alcance de la operación con el objetivo de determinar la infraestructura y los servicios que como resultado de la operación serían manejados conjuntamente, y el tipo de integración (horizontal, vertical o de conglomerado) producida entre las empresas; y,
- 3) Determinar el impacto de la transferencia sobre la estructura y configuración futura del mercado y sobre las potenciales conductas anticompetitivas que podrían ser implementadas por la empresa unificada en el periodo postransferen-

cia; y en caso se determine un posible impacto negativo sobre la competencia, se evaluará la implementación de medidas regulatorias que puedan contribuir a contrarrestar dicho impacto.

## 2.2. La protección de la libre y leal competencia en la industria de telecomunicaciones en el Perú

Uno de los sectores donde la aplicación de las normas de libre competencia ha adquirido especial relevancia es la industria de las telecomunicaciones.

La preocupación por la competencia en el sector de telecomunicaciones se puede apreciar de la sola existencia de regulaciones que, directa o indirectamente, tienden a favorecerla, como por ejemplo: las obligaciones de interconexión, las obligaciones de acceso compartido a la infraestructura de servicios públicos de telecomunicaciones, las obligaciones de contabilidad separada para empresas que participan en mercados verticalmente integrados, entre otras.

En la actualidad, los cambios y avances tecnológicos del mundo de las telecomunicaciones presentan nuevos desafíos para las normas y políticas de competencia. La expansión de los servicios móviles y los servicios de datos, a través de las redes fijas y móviles, y en general, la convergencia tecnológica, genera oportunidades para una mayor competencia y, consecuentemente, para una aplicación más dinámica y evolutiva de las normas de defensa de la competencia.<sup>39</sup>

En el Perú, las características particulares del mercado de telecomunicaciones propiciaron no solo la existencia de un organismo regulador como el OSIPTEL, que a través de sus regulaciones también procure la promoción de la competencia, sino que además se confió al propio regulador las funciones de una agencia de competencia. Así, en el Perú, existen dos autoridades encargadas de aplicar las normas de defensa de la competencia: INDECOPI, para todos los mercados en general, salvo el de telecomunicaciones; y, el OSIPTEL, exclusivamente para el mercado de las telecomunicaciones.

El DL 1034, en su artículo 17, reconoce expresamente la coexistencia de dos autoridades en materia de defensa de la competencia.<sup>40</sup> Si bien siempre las autoridades han estado en una coordinación constante (incluso para la solución de controversias relacionadas con materias de competencia, el OSIPTEL solicita un Informe

transferir concesiones sin autorización del concedente, establecida expresamente en los contratos de concesión.

- Una disposición legal expresa respecto del establecimiento de toques para la asignación de espectro radioeléctrico.
  - La transferencia de títulos habilitantes no debe atentar contra la libre competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.
  - La asignación de frecuencias no debe contribuir a la configuración de posición dominante en el mercado.
- Ver: OSIPTEL. Gerencia de Relaciones Empresariales. Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones, Marzo 2007, pág. 33.

38. Id., págs. 1, 44-47.

39. CAVE, Martín y otros. Strengthening competition policy in Latin American countries: The application of competition law in the telecommunications sector, Julio 2013, pág. 7.

40. Decreto Legislativo 1034 Artículo 17.- Del OSIPTEL.- La aplicación de la presente ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de estas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

Técnico al INDECOPI), es en los primeros años que se delimitaron las competencias de las dos autoridades en los casos en que una misma conducta anticompetitiva tuviese efectos que podrían trascender al mercado de telecomunicaciones, o conductas realizadas por empresas que no son prestadoras de servicios de telecomunicaciones pero que pudieran afectar dicho mercado.

Así, por ejemplo, la controversia seguida por Tele Cable S.A. (Telecable) contra Telefónica Multimedia S.A.C. (Multimedia) y las empresas Fox Latin American Channel Inc. (Fox) y Turner Broadcasting System Latin America Inc. (Turner) por la celebración de contratos de exclusividad entre la operadora de cable y los canales extranjeros, fue conocida en su momento por el OSIPTEL y también por el INDECOPI.

En un primer momento, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI se inhibió de conocer la denuncia declinando su competencia en favor del OSIPTEL. Sin embargo, la Sala de Defensa de la Competencia revocó el pronunciamiento de la Comisión y declaró la competencia del INDECOPI respecto de los canales de televisión extranjeros, puesto que no calificaban como operadores de servicios públicos de telecomunicaciones<sup>41</sup>. En paralelo, se tramitó la misma controversia ante el OSIPTEL contra Multimedia, que sí era una operadora de servicios públicos de telecomunicaciones (servicio de televisión por cable).

El referido caso, que será analizado con mayor profundidad más adelante, culminó con un pronunciamiento favorable a la demandante ante el OSIPTEL y desfavorable ante el INDECOPI. En el caso de INDECOPI, la Comisión de Libre Competencia consideró que los canales Fox y Turner no ostentaban posición de dominio en sus respectivos mercados relevantes<sup>42</sup>. Por oposición, el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia en OSIPTEL efectuó una delimitación del mercado relevante a partir del nivel en el que participaba Multimedia (televisión por cable), concluyendo que esta empresa sí ostentaba posición de dominio y que los contratos de exclusividad celebrados con los canales Fox y Turner configuraban una infracción al DL 701<sup>43</sup>.

Recogiendo los antecedentes normativos señalados en el primer capítulo, si bien el origen de la atribución al OSIPTEL de potestades en materia de defensa de la competencia se puede encontrar en la norma de su creación, DL 702, fue la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL<sup>44</sup>, la que delimitó las competencias del OSIPTEL e INDECOPI. Así, en virtud de dicha ley, se ha entendido que OSIPTEL es competente para conocer toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones (incluyendo las normas de libre y leal competencia), aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.

Las funciones que tiene el OSIPTEL en materia de competencia en el sector de telecomunicaciones han sido en algún momento sometidas a discusión respecto de si estas debían ser mantenidas por el OSIPTEL o trasladarse al INDECOPI, agen-

41. Resolución N° 0355-2000/TDC-INDECOPI del 23 de agosto del 2000, en la denuncia presentada por la empresa Tele Cable S.A. contra las empresas Fox Latin American Channel Inc. y Turner Broadcasting System Latin America Inc. (Exp. 006-1999-CLC).

42. Resolución N° 005-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003, en la denuncia presentada por la empresa Tele Cable S.A. contra las empresas Fox Latin American Channel Inc. y Turner Broadcasting System Latin America Inc. (Exp. 006-1999-CLC).

43. Resolución N° 062-CCO-2000 del 21 de diciembre del 2000, emitida en la controversia Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A y Telefónica Multimedia S.A.C. (Exp. 006-99).

44. Artículos 26 y 36 de la Ley 27336.

cia de competencia para los demás sectores de la economía. Incluso se han presentado proyectos normativos que proponían que todas las labores de agencia de la competencia sean concentradas en un solo organismo, INDECOPI.<sup>45</sup> En contraposición, los argumentos de mayor especialización, mayor disponibilidad de información, inversión en capacitación, la rapidez con la que se han resuelto los casos, la retroalimentación que se genera con la función regulatoria y el mantenimiento de la institucionalidad han favorecido que el OSIPTEL siga desempeñando esta doble labor de agencia reguladora y agencia de competencia para la industria de las telecomunicaciones. En efecto, este escenario es ventajoso en relación con las sinergias que se generan en el uso de herramientas ex post (solución de controversias) y ex ante (regulación previa), como se desarrollará detalladamente en el Capítulo 7.

En tal sentido, el dinamismo y complejidad propios del sector de telecomunicaciones, en donde coexisten segmentos poco competitivos y segmentos competitivos o con elevado potencial competitivo, demandan un conocimiento especializado del sector como el que posee un regulador, una capacidad que no necesariamente sería ostentada por una agencia de competencia general<sup>46</sup>.

Ahora bien, debido a la coexistencia de labores de agencia de competencia y organismo regulador en una sola entidad se han presentado algunos casos en los que se ha discutido en torno a la compatibilidad y primacía de las regulaciones sectoriales y las normas de defensa de la competencia, lo cual sido resuelto a través de la jurisprudencia del OSIPTEL, como se desarrollará en el siguiente acápite.

## 2.3. La relación entre el control ex ante y el ex post

### 2.3.1. El principio de supletoriedad

La diferencia entre las labores de una agencia de competencia y un organismo regulador también pueden ser explicadas con la dicotomía ex post y ex ante. El enforcement de las normas de libre competencia supone normalmente una acción represiva, que reacciona frente a la conducta de los agentes económicos, y que puede restringir indebidamente la competencia. En cambio, la regulación sectorial no es reactiva sino preventiva. Busca anticiparse a posibles conductas, y establece obligaciones o prohibiciones a los agentes económicos, buscando la conse-

45. Así, por ejemplo: el Proyecto de Ley 14199/2005-CR, Proyecto de Ley que propone la Ley de Defensa de la Competencia; y el Proyecto de Ley 972/2011-CR, Ley de Promoción de la Libre Competencia y la Eficiencia en los Mercados para la Protección de los Consumidores.

46. PHUMPIU, Paul y QUINTANA, Eduardo. (2007). Control de conductas anticompetitivas en telecomunicaciones: la competencia en disputa. Foro empresarial. Lima, Año 1, No. 1, pág. 40. Ver también: OSIPTEL. Gerencia de Relaciones Empresariales. Informe sobre la labor de OSIPTEL en materia de libre competencia. Mayo 2006, disponible en: [http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/informacion\\_empresas/wfrm\\_FiltradoInformacion\\_extens.aspx?CodInfo=1977&CodSubCat=312&TituloInformacion=cj%20An%c3%a1lisis%20de%20impacto%20de%20controversias&DescripcionInformacion=](http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/informacion_empresas/wfrm_FiltradoInformacion_extens.aspx?CodInfo=1977&CodSubCat=312&TituloInformacion=cj%20An%c3%a1lisis%20de%20impacto%20de%20controversias&DescripcionInformacion=)

cución de un resultado prediseñado. Cabe resaltar que la regulación sectorial no se aplica únicamente cuando no es posible la competencia sino también, y cada vez con mayor frecuencia, para promoverla cuando ella es posible.

La coexistencia de regulación sectorial junto con normas de defensa de la competencia presenta distintos escenarios en los que se pueden suscitar controversias. Es posible, por ejemplo, que el resultado buscado por la regulación y el conseguido por la actuación ex post de la agencia de competencia sean contradictorios o irreconciliables. Así también, cabe la posibilidad de que los resultados o las acciones conjuntas de regulador y agencia de competencia no entren en conflicto, pero sí sean redundantes, lo cual puede convertirse en un problema del tipo *bis in idem* si la acción de ambas autoridades puede terminar en sanciones paralelas.

Ello ha llevado al establecimiento de reglas que den solución a estos posibles conflictos o traslapes. En la regulación y jurisprudencia del OSIPTEL, la solución adoptada ha sido el denominado “principio de supletoriedad”.

Bajo este principio, las normas de competencia deben aplicarse supletoriamente a la regulación específica del sector telecomunicaciones, es decir, habría una suerte de prelación por la cual primaría la regulación sectorial y en ausencia de ella, se aplicaría la norma *antitrust*<sup>47</sup>. No obstante, ello no implica que por el solo hecho de que exista una regulación se dejará de aplicar –a priori– las normas de competencia ya que esta interpretación generaría varios inconvenientes como la absorción de figuras del derecho de la competencia por principios regulatorios; además que bajo ciertos escenarios las normas de competencia y la regulación pueden resultar complementarias para proteger la competencia generada a través de las políticas regulatorias. Al respecto, la jurisprudencia de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han ido perfilando este criterio, realizando un análisis caso por caso para determinar si es que una determinada práctica se encontraba cubierta por la regulación sectorial, o si, por el contrario, resultaba factible la aplicación de la ley de libre competencia.

## 2.3.2. Controversias

### a. AT&T contra Telefónica

El primer pronunciamiento con respecto al principio de supletoriedad se dio en el marco de la controversia iniciada por AT&T Perú S.A. (ATT) contra Telefónica por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, ya que Telefónica se negaba a programar en su red la numeración “133” como medio para que AT&T pudiera ofrecer el servicio de llamadas telefónicas locales y de larga distancia mediante el uso de tarjetas prepago.<sup>48</sup>

47. Reglamento General de OSIPTEL Artículo 12.- Principio de Supletoriedad  
Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

En este caso, el Cuerpo Colegiado consideró que la negativa de programación del número 133 en la red de Telefónica debía ser analizada a la luz de las normas específicas del sector telecomunicaciones y no en función de las normas de libre y leal competencia. Ello debido a que en la regulación del sector ya estaban contenidas las reglas que determinarían si existía una infracción. En concreto, el CCO consideró que tanto las normas dictadas por el MTC como la regulación desarrollada por el OSIPTEL determinaban que el único código de tres dígitos que podían utilizar los operadores de larga distancia que desearan prestar dicho servicio a los abonados de Telefónica, a través de tarjetas de pago, era el número que había sido asignado a este último, es decir, el 147.

Asimismo, el CCO señaló que si bien Telefónica se encontraba obligada a otorgar acceso al número 147 a cualquier otro operador de larga distancia que se lo pida, ello no significaba que se encuentre obligada a programar en su red la numeración de tres dígitos que ha sido asignada a otro operador, como el caso de la numeración 133 de AT&T.

## b. Red Privada Virtual contra Telefónica

En el 2004, Red Privada Virtual S.A. (RPV) demandó a Telefónica por abuso de posición de dominio, ya que según la denunciante, Telefónica había creado el plan tarifario denominado Línea Premium, por medio del cual se otorgaba una tarifa plana a los usuarios de los servicios de Internet conectados a través de su propia red. Así, Telefónica había considerado únicamente la posibilidad de que los proveedores de internet (ISP) conectados a su red de telefonía fija local participen en dicho plan, excluyendo la posibilidad de que participen en él otros ISP que conectan a sus usuarios a través de otros operadores de telefonía fija.

En su análisis, el CCO determinó que la promoción que denunciaba RPV se encontraba dentro de la “Línea Premium” aprobada por la Gerencia General de OSIPTEL, de acuerdo con lo establecido por la regulación sectorial. Asimismo, el Cuerpo Colegiado consideró que, al tratarse de una conducta regulada, la misma no podía ser cuestionada por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.<sup>48</sup>

Es importante recalcar que, para el CCO, la aprobación de la Línea Premium realizada en el ámbito regulatorio había sido expresa, teniendo en cuenta que según su interpretación de lo señalado en el Reglamento de Tarifas, la aprobación de los planes tarifarios tomaba en consideración las normas de libre competencia.

## c. Nextel contra Telefónica Móviles

En esta controversia Nextel del Perú S.A. (Nextel) denunció a Telefónica Móviles S.A.C. (Telefónica Móviles) por supuestamente abusar de su posición dominante

48. Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL del 16 de julio de 2002, en la controversia seguida por AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 003-2001).

49. Resolución N° 002-2004-CCO/OSIPTEL del 13 de agosto de 2004, en la controversia seguida por Red Privada Virtual S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 006-2004-CCO-ST/LC).

en la modalidad de incrementos de los costos del rival (raising rivals' cost), ya que según la denunciante, Telefónica Móviles cobraba a sus competidores cargos por terminación de llamadas en su red mayores a las tarifas que esta establecía para las llamadas dentro de su propia red (on-net). Así, la denuncia señalaba que Telefónica Móviles buscaba generar un efecto de exclusión de sus rivales al elevarles el costo de un recurso esencial para la prestación de sus servicios.

Al respecto, el CCO consideró que no era competente para pronunciarse sobre el fondo de la pretensión debido a que, en los términos planteados por la demandante, tendría que evaluar el valor del cargo por la terminación de llamadas en la red de Telefónica Móviles, ya que dicho valor era el que incrementaba indebidamente los costos del rival. No obstante, dicho monto acordado por las partes ya había sido aprobado por la Gerencia General del OSIPTEL, tal como lo establecía la regulación sectorial.<sup>50</sup>

En la misma línea, el TSC señaló que dicha regulación tenía prevista las vías pertinentes para que se pudiera cuestionar el cargo de terminación fijado en un contrato de interconexión. En tal sentido, las normas de defensa de la competencia no podían aplicarse respecto a una conducta ya prevista en la regulación<sup>51</sup>.

Sin embargo cabe señalar que, en primera instancia, el CCO hizo la salvedad de que aun cuando un cargo se encontrara regulado las instancias de solución de controversias serían competentes para pronunciarse sobre la justificación de precios diferenciados por prestaciones equivalentes. Justamente porque bajo este escenario el CCO no cuestionaría o revisaría el monto de los cargos regulados, sino evaluaría una supuesta práctica anticompetitiva que surgiera como consecuencia de la libre iniciativa empresarial.

En ese sentido, si una práctica anticompetitiva involucra un cargo que se encuentra regulado no implica que por el solo hecho de verificarse esta situación las instancias de solución de controversias del OSIPTEL dejarán de ser competentes para pronunciarse sobre el fondo sino que se deberá analizar el caso en concreto para determinar si le resulta aplicable o no el principio de supletoriedad.

50. Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL del 11 de marzo del año 2005, en la controversia seguida por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.C. (Exp. 001-2005-CCO-ST/LC).

51. Resolución N° 006-2005-TSC/OSIPTEL del 21 de abril del año 2005, en la controversia seguida por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.C. (Exp. 001-2005-CCO-ST/LC).

#### **d. De oficio contra Telefónica**

En el 2011 se inició una controversia de oficio contra Telefónica por una supuesta conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, ya que la empresa denunciada condicionaba la venta del servicio de acceso a internet por ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija.

En este caso, Telefónica señalaba que las instancias de solución de controversias no eran competentes para conocer este caso debido a que la regulación sectorial la había autorizado a realizar la venta vinculada de los servicios de acceso a internet y telefonía fija. En concreto, Telefónica señalaba que, a través de la regu-



lación ATM con acceso ADSL<sup>52</sup>, se le había aprobado o impuesto la realización de ventas atadas de los servicios de acceso a internet fijo vía ADSL y telefonía fija en el mercado minorista.

Asimismo, Telefónica señalaba que los contratos de abonado del servicio Speedy (ADSL), que contenían una cláusula de atadura, fueron aprobados reiteradamente por el OSIPTEL, por lo cual debía entenderse que no se encontraban dentro de la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de venta atada, contenida en el artículo 17° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Condiciones de Uso). En tal sentido, para Telefónica, estos contratos que vinculaban el servicio telefónico al servicio de acceso a internet habían sido aprobados luego de un análisis de su racionalidad efectuado en el marco de otros procedimientos regulatorios.

Con respecto al primer punto, el CCO y el TSC del OSIPTEL señalaron que en la regulación ATM con acceso ADSL se determinaron y revisaron las tarifas mayoristas aplicables únicamente a los abonados que cuentan con una línea telefónica fija contratada con Telefónica. En ese sentido, el CCO señaló que no podía extrapolarse una regulación mayorista al mercado minorista de acceso a internet, en el cual se realizaba la venta atada de Telefónica<sup>53</sup>. Asimismo, el TSC consideró que el supuesto de hecho objeto de la controversia de libre competencia, consistente en la forma en la que Telefónica ofrecía sus servicios de internet por ADSL a los usuarios finales (de manera atada al servicio de telefonía fija) no había sido objeto de regulación que Telefónica señalaba. Por lo tanto, la venta atada no había sido aprobada ni impuesta por la regulación sectorial.<sup>54</sup>

De otro lado, respecto de los contratos de abonado, tanto el CCO como el TSC señalaron que la aprobación de dichos contratos, que contenían la cláusula de atadura dada por el OSIPTEL, se daba únicamente en virtud a la normativa de usuarios, lo cual quedaba claro en: las Condiciones de Uso, las cartas presentadas por Telefónica y las cartas de conformidad del OSIPTEL. Por lo tanto, en este aspecto, la acción del regulador no incluía una evaluación consciente a favor del desplazamiento de las normas de libre competencia.

En ese sentido, las instancias de solución de controversias se declararon competentes para analizar la venta atada de Telefónica como un supuesto de abuso de posición de dominio bajo la normativa de defensa de la competencia.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia del OSIPTEL en este tema ha ido delimitando el principio de supletoriedad, de una aproximación más general a una lectura más estricta; en la cual se tiende a verificar, caso por caso, si la regulación sectorial de telecomunicaciones ha desplazado verdaderamente la aplicación de la norma de libre competencia, o si aún existe un campo de actuación para esta última.

De este modo, un primer indicador para verificar si ha operado este desplazamiento sería la voluntad expresa del legislador que, respecto de un supuesto de hecho, indique expresamente si la norma de libre competencia resulta aplicable o

52. Ver la Resolución N° 036-2000-CD/OSIPTEL, donde se establecen las tarifas reguladas, y en las Resoluciones N° 010-2007-CD/OSIPTEL y N° 039-2008-CD/OSIPTEL, donde se revisaron las tarifas.

53. Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012, en la controversia seguida de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 005-2011-CCO-ST/LC).

54. Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013, en la controversia seguida de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 005-2011-CCO-ST/LC).

no. Sin embargo, en la mayoría de los casos no existe esta decisión expresa y, por lo tanto, se tienen que considerar otros elementos para determinar si cabe o no la aplicación de la ley de defensa de la competencia ahí donde ya existe una regulación sectorial que también podría resultar aplicable.<sup>55</sup>

Precisamente, en el caso de ventas atadas contra Telefónica, el TSC esbozó tres criterios que debían considerarse caso por caso para determinar si las normas de libre competencia resultaban aplicables pese a la existencia de regulación sectorial específica<sup>56</sup>. Estos criterios han sido precisados en el Proyecto de Nuevos Lineamientos Generales para la aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el ámbito de las Telecomunicaciones, publicados por OSIPTEL<sup>57</sup>: (i) si la conducta investigada ha sido compelida o aprobada por la agencia regulatoria o si esta ha sido el resultado de una conducta no supervisada, por ejemplo, una decisión comercial, (ii) cuál es el rol del regulador en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales, y (iii) si la aplicación de las normas de libre competencia puede colisionar con las decisiones y políticas establecidas por el regulador para el sector.

## 2.4. Abogacía de la Competencia

Al desempeñarse no solo como organismo regulador sino también como agencia de competencia, el OSIPTEL también tiene asignadas funciones de abogacía de la competencia.

Si bien la actividad cotidiana de las agencias antitrust consiste en resolver controversias en materia de defensa de la competencia, es decir, la aplicación de las leyes a casos concretos; estas autoridades también suelen participar del proceso de adopción de nuevas normas o regulaciones que ayudan a mejorar el proceso competitivo y el funcionamiento del mercado.

La International Competition Network – ICN define a la abogacía de competencia como el conjunto de recomendaciones que efectúa la autoridad de competencia a aquellas entidades gubernamentales encargadas de emitir regulaciones, a fin de promover la competitividad en el desarrollo de actividades económicas.<sup>58</sup>

Y esto se produce puesto que en la labor de monitoreo de mercados y aplicación de las leyes de competencia, las autoridades en ocasiones toman conocimiento de algunos problemas estructurales o legales que impiden el desarrollo de la competencia, y que pueden ser mejor resueltos a través de normas generales. En estos casos, la abogacía de la competencia cumple una función complementaria a la de la aplicación de las normas de competencia.

En particular, el DL 1034 y el DL 1044 reconocen la labor de la abogacía al dis-

55. CALDERÓN, Andrés. "Estado versus Estado. Las exenciones a la aplicación de la ley de Libre Competencia", en: *Revista de Derecho Administrativo* 10, Vol. 1, 2011, pág. 137 y ss.

56. Fundamento 175 de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013, en la controversia seguida de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 005-2011-CCO-ST/LC).

57. Publicación para comentarios mediante Resolución de Consejo Directivo N° 014-2014-CD/OSIPTEL.

58. Advocacy working group; "Advocacy and Competition Policy". ICN conference, Nápoles Italia, 2002.

poner que las autoridades encargadas de resolver los casos de libre y leal competencia puedan emitir recomendaciones para que las autoridades legislativas, políticas o administrativas implementen medidas que restablezcan o promuevan la competencia.<sup>59</sup>

En el caso de las telecomunicaciones, la labor de abogacía de la competencia ha venido siendo ejercida por los órganos resolutivos de controversias del OSIPTEL que, en varias ocasiones han emitido informes con propuestas regulatorias y que han motivado la adopción de nuevas regulaciones o modificación de las ya existentes, como se podrá apreciar en el capítulo VII del presente libro, referido a la retroalimentación entre las actividades de agencia de competencia y las de regulación.

Adicionalmente, el OSIPTEL también está facultado a dictar lineamientos referenciales sobre libre y leal competencia que contengan los principios de libre y leal competencia y, principalmente, los criterios de interpretación general de las leyes correspondientes que han venido aplicando y que serán aplicados por las instancias de solución de controversias.<sup>60</sup>

Así, en el 2000, el OSIPTEL emitió los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones<sup>61</sup> en función de lo dispuesto en el DL 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Por su parte, en el 2002, el OSIPTEL también aprobó los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones<sup>62</sup>.

El objetivo de los lineamientos es el de orientar a los administrados y en general a los agentes económicos que participan del sector sobre los criterios de interpretación que serán utilizados por el OSIPTEL al momento de aplicar las normas de libre y leal competencia en el marco de los procedimientos de solución de controversias. En buena cuenta, cumplen un rol didáctico y de generación de predictibilidad en el mercado.

Considerando que habían pasado más de diez años desde que se emitieron estos primeros lineamientos y que durante ese periodo las instancias de solución de controversias de OSIPTEL han resuelto un importante número de controversias, es que el OSIPTEL ha decidido recientemente elaborar y publicar dos nuevos proyectos de lineamientos generales sobre libre competencia (Publicación aprobada por Resolución N° 009-2014-CD/OSIPTEL) y represión de la competencia desleal (Publicación aprobada por Resolución N° 014-2014-CD/OSIPTEL). Además, estos proyectos de lineamientos toman como referencia ahora las nuevas normas vigentes en la materia: el DL 1034 y el DL1044.

Si bien los lineamientos cumplen una función educativa y generadora de seguridad jurídica, estos no tienen carácter vinculante, por lo que las instancias de solución de controversias podrían apartarse de ellos si consideran que entran en conflicto con su lectura de las normas legales cuya supervisión tienen encomendada.

59. Decreto Legislativo 1034  
Artículo 14.-  
(...) 14.2. Son atribuciones de la Comisión:  
(...) f) Sugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPi emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros; (...)

Decreto Legislativo 1044  
Artículo 25.-  
(...) 25.2. Son atribuciones de la Comisión:  
(...) g) En sus procedimientos, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que aseguren la leal competencia; (...)

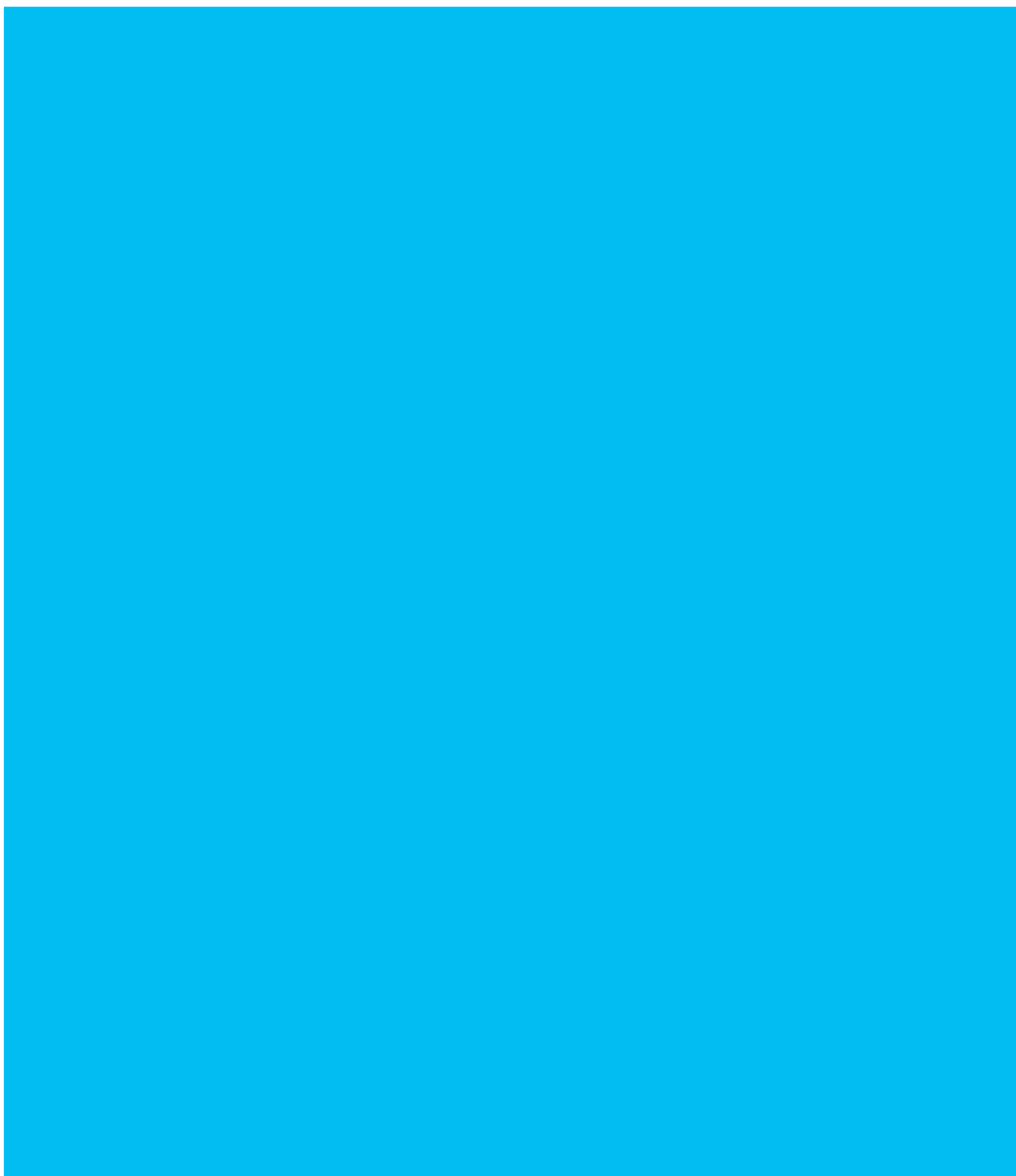
60. Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones  
114. OSIPTEL puede dictar lineamientos que resuman los principios de aplicación general que viene aplicando o aplicará en el futuro. Los lineamientos, a diferencia de los precedentes, no tienen carácter vinculante u obligatorio, sino son simplemente referenciales.

Decreto Legislativo 1034  
Artículo 14.-  
(...)  
14.2. Son atribuciones de la Comisión:  
(...)  
d) Expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente ley.

Decreto Legislativo 1044  
Artículo 25.-  
(...)  
25.2. Son atribuciones de la Comisión:  
(...)  
f) Expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley.

61. Aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD/OSIPTEL.

62. Aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTEL.



**JURISPRUDENCIA  
EN TEMAS DE LIBRE  
Y LEAL COMPETENCIA  
EN LA INDUSTRIA DE  
TELECOMUNICACIONES  
EN EL PERÚ**

# CAPÍTULO 3

## Principales casos de libre competencia en la industria de las telecomunicaciones en el Perú

63. Decreto Legislativo 1034  
Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.

### 3.1. Abuso de Posición de Dominio

Una de las conductas sancionadas por la legislación peruana de defensa de la competencia es el abuso de posición de dominio.

Como su nombre lo indica, el primer requisito para concluir que existe abuso de posición de dominio es determinar que una empresa cuenta con posición de dominio en el mercado relevante. La posición de dominio alude al poder de mercado de una empresa, una condición que le permite actuar en el mercado con independencia relativa de sus competidores y de sus consumidores.<sup>63</sup> Esta independencia ha sido entendida normalmente como la capacidad de una empresa de fijar sus precios por encima del nivel competitivo por un significativo periodo de tiempo<sup>64</sup>.

Al requerirse posición de dominio, se limita la revisión de solo aquellos casos en los que la conducta de las empresas tiene mayor probabilidad de imponer efec-

tos anticompetitivos<sup>65</sup>.

El DL 1034 tipifica al abuso de posición de dominio como una práctica realizada por un operador dominante en el mercado que utiliza su posición para restringir indebidamente la competencia, logrando beneficios y causando perjuicios para competidores reales o potenciales, que no hubieran sido posibles de no contar con dicha posición de dominio<sup>66</sup>.

Asimismo, el DL 1034 propone un listado enunciativo de prácticas típicas de abuso de posición de dominio:

**a)** Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios.

**b)** Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

**c)** Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

**d)** Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación.

**e)** Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.

**f)** Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.

**g)** Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos.

**h)** En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

La definición y los supuestos ejemplificativos previstos en el DL 1034 están relacionados con un abuso de posición de dominio de naturaleza exclusiva, por oposición a los abusos de carácter explotativo.

En el caso del abuso exclusivo, el objetivo de la práctica del dominante es impedir, restringir o desincentivar la entrada o permanencia de competidores. Con ello

(d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a redes de distribución.

(e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.

(f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.

64. Ver: Communication from the Commission - Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, OJ 2009, C-45/7, pág. 5. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Unilateral Conduct Workbook. Chapter 3: Assessment of Dominance. Presented at the 10th Annual ICN Conference. The Hague, Netherlands, Mayo 2011, pág. 3.

65. ELHAUGE, Einer. United States Antitrust Law and Economics, 2da. Ed., 2011, pág. 183.

66. Artículo 10.1 del DL 1034.

se busca conseguir o reforzar la posición de dominio del mercado.

Durante algunos años se discutió en el Perú si la norma de libre competencia entonces vigente (el DL 701) sancionaba también las conductas de abuso explotativo, que son aquellas que no afectan a los competidores ni a la competencia en general, sino las que tienen por efecto la extracción del excedente del consumidor, como por ejemplo, la imposición de precios “explotativos” o “inequitativos”<sup>67</sup>. Sin embargo, luego de un tiempo la jurisprudencia administrativa<sup>68</sup> aclaró que este tipo de prácticas no resultaban sancionables desde la legislación de libre competencia. Esta posición fue luego recogida en el DL 1034, que precisa que solo los abusos de posición de dominio de carácter exclusorio son sancionables:

**10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:**

(...)

**h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.**

(...)

**10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.**

A diferencia de la legislación europea, y de manera similar a la peruana, en Estados Unidos solamente se sanciona la conducta anticompetitiva o exclusoria.

En el derecho norteamericano se conoce al abuso de posición de dominio como monopolización, cuyos elementos esenciales son la posesión de poder monopólico en el mercado relevante y la adquisición voluntaria o el mantenimiento de ese poder de manera distinta al crecimiento o desarrollo natural como consecuencia de un producto superior, ingenio empresarial o casualidad.<sup>69</sup>

Para que se produzca un abuso, las conductas involucradas no pueden responder a una mayor eficiencia o agresividad por parte de quien las pone en práctica, sino que deben tratarse de métodos distintos a la competencia normal o competencia por méritos.<sup>70</sup> La lista de supuestos enunciativos prescrita en el artículo 10.2 del DL 1034 incluye tipos de conductas que normalmente han sido consideradas ajenas a la de una competencia por méritos o por eficiencias.

Con relación a los abusos de carácter exclusorio, cada vez hay un mayor consenso en considerar que las normas de libre competencia buscan proteger la competencia en general y no a los competidores, lo que requiere analizar si las conductas llevadas a cabo por un dominante realmente afectan la competencia en el mercado más allá de que puedan perjudicar a un competidor en particu-

67. Esta discusión se generó principalmente a raíz de la Resolución N° 0225-2004/INDECOPI-TDC del 4 de junio de 2004, en el procedimiento seguido por el señor Javier Díez Canseco Cisneros y la Central Unitaria de Trabajadores del Perú contra la Asociación de AFP, AFP Integra, Profuturo AFP, AFP Nueva Vida y AFP Horizonte (Exp. 001-2003/CLC), en la que se interpretó que el DL 701 también sancionaba los abusos explotativos.

68. Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de setiembre de 2007 y Resolución N° 0027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008, en el procedimiento seguido por Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – Consettur Machupicchu S.A.C. (Exp. 003-2005/CLC).

69. United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-571 (1966), tomado de ELHAUGE, Einer. Op. Cit., 2da. Ed., 2011, pág. 178.

70. WHISH, Richard. Competition Law. 7ma. Ed., New York: Oxford University Press, 2012, pág. 198, haciendo referencia al caso Hoffmann-La Roche v. Commission, Case 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

71. Ver: WHISH, Richard. Op. Cit., pág. 175.



lar.<sup>71</sup> En este sentido, en el Perú, todos los casos de abuso de posición de dominio son sometidos a un análisis bajo la regla de la razón (prohibición relativa), pues habrá que sopesar los efectos anticompetitivos que puede haber sufrido un competidor con las eficiencias que una determinada conducta puede generar en el mercado.

A nivel jurisprudencial, el OSIPTEL ha tenido oportunidad de analizar varios de los supuestos ejemplificativos de abuso de posición de dominio contemplados en el DL 1034, y antiguamente en el DL 701. A continuación, se presentan los casos más relevantes resueltos por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.

### 3.1.1. Negativa injustificada de trato

#### a. Concepto y requisitos

Entre las conductas que pueden ser consideradas como un abuso de posición de dominio se encuentra la referida a la negativa injustificada de trato. Con relación a esta figura, el artículo 10.1 de la LRCA señala que el abuso de posición de dominio en el mercado puede consistir en negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios.

Ello no supone que una empresa dominante esté obligada a tratar con todos los agentes económicos que concurren en un mercado. Por el contrario, la regla en la dinámica del mercado es que las empresas –incluso las dominantes– tengan derecho a contratar o negarse a contratar con terceros, en el ejercicio de su libertad de contratar.<sup>72</sup>

Sin embargo, cuando una negativa tiene una finalidad anticompetitiva reflejada en acciones conducentes a monopolizar el mercado, mantener la posición de dominio y/o trasladar dicha posición a otro mercado vinculado, esta conducta podría ser sancionada y prohibida. En efecto, si la negativa de trato se encuentra destinada a eliminar o restringir la competencia generaría un beneficio anticompetitivo<sup>73</sup>, el cual debería ser evaluado por la agencia de competencia.

Es importante la precisión en relación a que una negativa podría ser pasible de ser investigada como una conducta anticompetitiva realizada por un agente dominante en un mercado solo cuando se tenga por finalidad obtener beneficios anticompetitivos y producir perjuicios en la competencia (efectos exclusorios), en la medida que en el periodo de aplicación de la normativa anterior –el DL 701–, las denominadas negativas arbitrarias también fueron sancionadas por el OSIPTEL con-

72. Que, según el Tribunal Constitucional, es parte del doble contenido del derecho a la libre contratación: “Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de destacar que el derecho a la libre contratación, reconocido en los artículos 2º, inciso 14), y 62º de la Constitución, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: “a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución (STC 01405-2010-PA/TC del 6 de diciembre del 2010, fundamento 12)–, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato” (STC 2175-2011-AA/TC del 20 de marzo de 2012, fundamento 7).

73. Es solo el beneficio anticompetitivo el que genera peligro para la competencia en un mercado, y no cualquier tipo de beneficio económico. En esa línea, Higa y Sigüenza señalan: “(...) El simple hecho de obtener beneficio por una conducta no debe representar un peligro para la competencia en el mercado. Para que ello sea así, el beneficio debe provenir del daño a la competencia que haya implementado el APD”. HIGA, César y SIGÜENZA, Francisco. “La Negativa injustificada a contratar: aplicación y límites de la legislación de Defensa de la Libre Competencia”, en: Derecho de la Competencia. Revista de Derecho Administrativo N°10, Tomo I, CDA, Año, 2011.

#### 74. Decreto Legislativo 701

##### “Artículo 3.- Actos y conductas prohibidas

Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.

Al respecto, para las negativas arbitrarias se aplicaba este artículo en la medida que el mismo no establecía el requisito de la existencia de un beneficio para quien realizaba la conducta, sino que bastaba con acreditar que existía un perjuicio “al interés económico general”. Por el contrario, el artículo 5° de la norma sí requería la obtención de un beneficio para el dominante:

#### Decreto Legislativo 701

##### “Artículo 5.-

Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios”.  
(Subrayado y énfasis añadidos).

75. QUINTANA, Eduardo, “Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿Equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?”, en: *Ius Et Veritas* N° 25, Año 2002.

76. Por ejemplo, en el caso V.O. Cable S.A. contra Luz del Sur S.A.A., las instancias de solución de controversias admitieron que existen casos de negativa arbitraria que, aunque excepcionalmente, podían ser analizados como una conducta pasible de sanción bajo el ámbito del DL 701. Ver

forme al artículo 3° de dicha norma.<sup>74</sup>

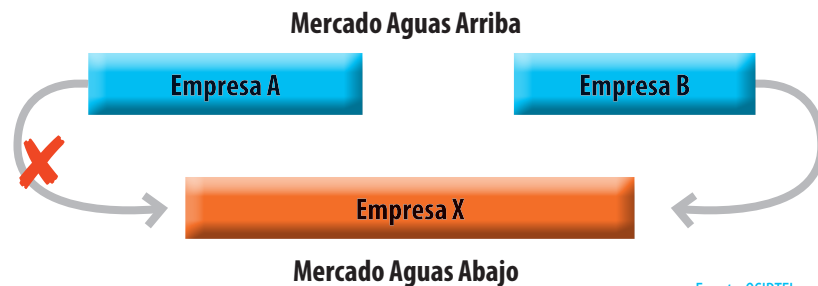
Las negativas de trato arbitrarias son conductas en las que no existe una relación de competencia entre quien incurre en la negativa y quien es afectado por la misma; es decir, en principio, no existiría un móvil anticompetitivo que lleve a un dominante a negarse a contratar en la medida que no hay relación de competencia con la persona a la que le niega el contratar.

Algunos autores precisan que, a pesar de no existir relación de competencia, la negativa de una empresa dominante podría afectar las condiciones de competencia en un mercado relacionado, a pesar de que el dominante no actúe motivado por una finalidad anticompetitiva. Ello dado que, en algunos casos, las negativas arbitrarias podrían restringir la competencia, permitiendo que terceros – no vinculados a la empresa que niega la venta– puedan monopolizar un mercado relacionado. En tal sentido, se argumenta que tales prácticas deberían ser prohibidas.<sup>75</sup>

El OSIPTEL mantuvo esta posición bajo el ámbito de aplicación del DL 701 para el tratamiento de las negativas arbitrarias, considerando que lo importante eran los efectos sobre el proceso competitivo y no si existía una intención anticompetitiva.<sup>76</sup> No obstante, con la publicación de la LRCA –y la consiguiente eliminación del artículo 3–, el OSIPTEL consideró que las negativas arbitrarias no podían ser pasibles de sanción en la medida que solo puede investigarse una negativa cuando la empresa obtenga un beneficio anticompetitivo como resultado de la realización de su conducta, lo que implica una relación de competencia con la empresa afectada por dicha negativa.<sup>77</sup>

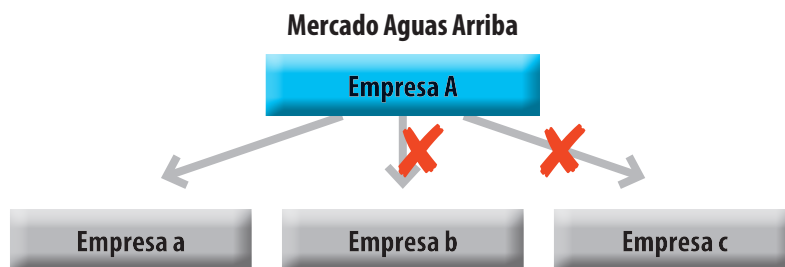
Luego de realizar dicha diferenciación, podría indicarse que las negativas de trato pueden constituir prácticas anticompetitivas en los siguientes supuestos:

- Cuando la negativa busca afectar las relaciones de sus competidores. En este caso, la empresa con posición de dominio (Empresa A) niega la venta a un tercero (Empresa X) porque este último también le compra a su competidor (Empresa B). Bajo este supuesto la negativa funciona como una sanción para quienes son clientes del competidor y busca perjudicar a este último restándole clientela.



Fuente: OSIPTEL.

● Cuando la negativa busca restringir la competencia que enfrenta una empresa integrada verticalmente. La figura más común bajo este supuesto es la de una empresa con posición de dominio (Empresa A) que se encuentra integrada verticalmente y niega la venta a las empresas que compiten (Empresas b y c) con su vinculada (Empresa a), afectando de esta forma la posición de las competidoras de esta última.



Fuente: OSIPTEL.

Un elemento clave para que la conducta del agente económico pueda ser considerada anticompetitiva es la existencia de una relación de competencia entre el que realiza la práctica –o sus empresas vinculadas- y las empresas afectadas por la misma (sea directa como en el primer supuesto o indirecta como en el segundo supuesto).

Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL del 11 de junio de 2003, en la controversia seguida por V.O. Cable S.A. contra Luz del Sur S.A.A. (Exp. 006-2000-CCO).

Por su parte, en la Resolución N° 007-2005-TSC/OSIPTEL del 24 de mayo de 2005, emitida en la controversia iniciada por Tele Cable Casma S.R.L. contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. – Hidrandina (Exp. 004-2005-CCO), por negativa de acceso a postes, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL sostuvo lo siguiente:

“36. Con relación a Negativas Arbitrarias de Trato, de acuerdo a la legislación de competencia nacional y a la posición expresada por los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias, dichas conductas están definidas como aquellas que realiza una empresa que ostenta posición de dominio que, aunque no generan un beneficio para dicha empresa dominante, si ocasiona

un perjuicio. Estas conductas son analizadas bajo lo previsto en el artículo 3° del D.L.701.

37. Al respecto, es necesario precisar que en este tipo de conductas no existe intención anticompetitiva porque las negativas arbitrarias de trato parten del supuesto de hecho que la empresa presuntamente dominante no participa en el mercado en el que ocasiona el perjuicio y por tanto no tiene un interés en ocasionar dicho perjuicio. Sin embargo, a pesar de no existir una relación de competencia, estas negativas ocasionan un daño al mercado por tanto OSIPTEL ha sido muy estricto en señalar que este supuesto solo se aplicará tomando en cuenta la magnitud del perjuicio al proceso competitivo. Es decir que a pesar que no existe interés en afectar el proceso competitivo la negativa de la empresa dominante ocasiona un perjuicio en el mercado de telecomunicaciones.

38. En ese sentido, si la empresa dominante puede negarse arbitrariamente y la autoridad de competencia en telecomunicaciones puede analizar dicha negativa

arbitraria, no será necesario analizar la intención anticompetitiva o los beneficios que podrían ocasionar dicha conducta a la empresa dominante sino los perjuicios al proceso competitivo” (Subrayado añadido).

77. Resolución N° 025-2009-CCO/OSIPTEL del 8 de julio de 2009, en la controversia iniciada por Cable Visión Ica S.A.C. contra Electro Sur Medio S.A. (Exp. 14-2005-CCO-ST/LC). Asimismo, Resolución N° 001-2008-CCO/OSIPTEL del 10 de noviembre de 2008, emitida en la controversia iniciada por CATV Full Imagen S.A.C. contra Empresa de Distribución Eléctrica Cañete S.A. (Exp. 002-2008-CCO-ST/CD). En esta última resolución se indica que conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la LRCA, para que se configure un acto de abuso de posición de dominio debe de existir una relación de competencia directa o indirecta entre la empresa afectada y la supuesta infractora, en tal sentido, al no existir dicha relación en la referida controversia, se declaró Improcedente la demanda.

78. Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL del 25 de marzo de 2002, en la controversia seguida por Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte S.A. (Exp. 005-2001-CCO). Esta resolución fue confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL mediante Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL del 24 de mayo de 2003. Reseñando lo señalado por el Cuerpo Colegiado en primera instancia, los criterios para evaluar si el insumo es esencial o no serían los siguientes:

- Restricciones legales o administrativas. Para el Cuerpo Colegiado se deberían analizar si existen disposiciones legales o administrativas ejecutadas o impuestas por las autoridades competentes que restrinjan la posibilidad de instalar postes adicionales a los ya existentes en la zona donde se pretende brindar el servicio, ya sea únicamente en ciertas áreas o en toda esa zona.

- Costos involucrados en la instalación. Si no existen las restricciones antes indicadas, se debería evaluar si los costos de instalación de nuevos postes (duplicación de infraestructura) son razonables o si resultan antieconómicos, considerando los costos privados en que incurriría el interesado en la instalación así como los costos sociales que se generarían al resto de agentes económicos.

- Presencia de las empresas que ostentan la facilidad y presencia en el mercado (para el caso, eran las empresas que tenían los postes en el mercado). Si existen restricciones legales o administrativas absolutas o, a falta de ellas, tendría que demostrarse si los costos involucrados en la duplicación de la infraestructura la hacen prácticamente inviable. Luego de ello, determinar el número de empresas que controla la infraestructura en cuestión (porque podría existir competencia en la prestación del recurso lo cual haría menos probable que se considere como una facilidad esencial), asimismo, de haber más de una, debe tomarse en cuenta la presencia de las mismas, es decir, la cantidad del recurso que es controlado por una empresa respecto de las otras.<sup>78</sup>

De otro lado, es importante mencionar que en algunos casos la negativa ha sido evaluada desde la perspectiva de si el bien o producto ofrecido por la empresa dominante puede ser calificado como una facilidad esencial para los competidores. Este análisis puede resultar importante en los mercados donde existe integración vertical entre los agentes, como es el caso de telecomunicaciones, sector en el cual la jurisprudencia del OSIPTEL ha aplicado un análisis desde la perspectiva de la doctrina de las facilidades esenciales.<sup>78</sup>

Sin perjuicio de lo señalado, pueden existir diversas justificaciones objetivas válidas para que una empresa dominante se niegue a contratar: antecedentes de no pago, falta de capacidad de la empresa para atender la solicitud, impedimentos técnicos, legales y/o contractuales, entre otras. En todo caso, la agencia de competencia tiene que evaluar si las justificaciones resultan razonables y corresponden a razones objetivas para la negativa y no sean formas aparentes de ocultar una negativa anticompetitiva. Y es que, en efecto, las negativas injustificadas de trato pueden ser indirectas, a través de actos u omisiones destinadas a no atender o demorar sistemáticamente la atención de un pedido, imponiendo condiciones irrazonables o, inclusive, estableciendo precios elevados, entre otras formas.

Las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han tenido un importante desarrollo jurisprudencial sobre las negativas injustificadas, advirtiéndose que normalmente los casos están vinculados con servicios de acceso o insumos necesarios para la prestación de servicios finales de telecomunicaciones. Así, se han resuelto once (11) casos relacionados a conductas de negativa injustificada, los cuales se pueden observar en el siguiente cuadro:

**Cuadro 3. Casos relacionados a conductas de negativa injustificada**

Controversia	Producto/Servicio requerido	Mercado(s) relevante(s)
Tele 2000 vs. Telefónica del Perú. (Exp. 002-95)	Roaming Nacional automático (RAN)	Cobertura de red del servicio público de telefonía móvil
VO Cable vs. Luz de Sur (Exp. 006-00)	Alquiler de los postes de Luz del Sur a VO Cable	Arrendamiento de postes para utilizarse como insumo para el servicio de televisión por cable en Huaycán
Bellsouth Perú vs. Telefónica Móviles (Exp. 002-01)	Prestación del roaming que Bellsouth pueda utilizar de otra empresa	Provisión de medios necesarios para brindar servicios de telefonía móvil (entre operadores)
AT&T Perú vs. Telefónica del Perú (Exp. 003-2001)	Acceso a la serie 0-800	Acceso a la serie 0800 que permite a los abonados de telefonía fija de TDP a nivel nacional presuscritos a los servicios de larga distancia de AT&T utilizar tarjetas de pago

Pedro Laca Buendía vs. Electronorte (Exp. 005-01)	Servicio de alquiler de postes que Electronorte podría ofrecer al Sr. Pedro Laca Buendía para el tendido de su red de cables	Arrendamiento de postes para prestar el servicio de difusión en la ciudad de Lambayeque.
Cable Junior vs. ElectroSur (Exp. 007-01)	Servicio de alquiler de postes que ElectroSur Medio podría ofrecer a Cable Junior para el tendido de su cable de red	Arrendamiento de postes de ElectroSur Telefónica para prestar el servicio de cable en la ciudad de Ica
Telecable de Motupe vs. Electronorte (Exp. 008-01)	Servicio de alquiler de postes que Electronorte podría ofrecer a Telecable de Motupe para el tendido de su cable de red	Arrendamiento de postes de Telefónica del Perú y Electronorte para prestar el servicio de cable en la ciudad de Motupe
Multimedia Alfavs. Telefónica del Perú (Exp. 009-01)	Servicio de arrendamiento de postes de Telefónica que permitan a Alfatel ofrecer el servicio de televisión por cable en la zona de Huaycán	Arrendamiento de postes de Telefónica y de Luz del Sur para la prestación del servicio de cable en la zona de Huaycán, pero restringida a la cobertura de la red de Telefónica
Tele Cable Casma vs. Electronorte Medio S.A. – Hidrandina (Expediente Cautelar 004-2005)	Servicio de alquiler de postes que Hidrandina podría ofrecer a Tele Cable Casma para el tendido de su cable de red.	No se llegó a analizar puesto que la conducta fue considerada una negativa arbitraria relacionada a “precios excesivos”
Cable Vision Ica vs. ElectroSur Medio (Exp. 014-2005)	Servicio de arrendamiento de postes de ElectroSur que permita a Cable Visión Ica ofrecer el servicio de televisión por cable en Tinguina y Parcona (Ica)	No se llegó a analizar puesto que la conducta fue considerada una negativa arbitraria
Catv Full Imagen vs Edecañete (Exp. 002-2008)	Servicio de alquiler de postes que Edecañete podría ofrecer a CATV para el tendido de su cable de red.	No se llegó a analizar puesto que no se probó la existencia de una relación de competencia (negativa arbitraria)

Fuente: OSIPTEL.

A continuación se reseñarán algunas de las controversias más relevantes sobre negativa injustificada de trato relacionadas con el mercado móvil, telefonía de larga distancia y el mercado de distribución de radiodifusión por cable (televisión por cable).

## b. Controversias

### b.1. Tele 2000 contra Telefónica

En esta controversia Tele 2000 S.A. y Empresa Difusora Radio Tele S.A.- Radio Panamericana (Tele 2000) denunció una supuesta práctica abusiva por parte de Telefónica, la cual consistía en negarse injustificadamente a brindar a Tele 2000 el Roaming Automático Nacional (RAN), impidiendo que Tele 2000 pudiera competir en igualdad de condiciones en el mercado de telefonía móvil de Lima y Callao. Asimismo, en la demanda se tuvo en cuenta el supuesto trato discriminatorio por parte de Telefónica, ya que los abonados de dicha empresa, a diferencia de los de

79. En la resolución se señala que el Roaming Manual requiere de la presentación de una solicitud a la empresa con la que el abonado ha contratado el servicio, asignación de un nuevo número y su programación en el equipo terminal del suscriptor, comunicación de la empresa con la operadora en provincias y activación por parte de ésta última.

80. Esta delimitación del mercado relevante puede generar opiniones diversas respecto a su distinción con el mercado afectado. Así, si bien puede considerarse como el mercado afectado aquel en el que operaba Tele 2000, el mercado de telefonía móvil de Lima y Callao; puede también considerarse que el mercado relevante era aquel en el que se solicitaba el servicio de RAN, es decir, el resto del país, precisamente el mercado donde Tele 2000 no tenía cobertura. Ello va en línea de lo señalado en segunda instancia, la cual -a pesar de que determinó que el mercado relevante era el de telefonía móvil de Lima y Callao- señaló que el hecho de que Telefónica tuviera posición de dominio en el mercado de telefonía móvil fuera de Lima y Callao, la colocaba en la posición de ser la única en condiciones de otorgar el RAN en provincias, lo cual a su vez, le daba ventajas en el mercado de Lima y Callao donde competía con terceros (Tele 2000).

81. A partir de la fusión de ENTEL y CPTSA en Telefónica, esta última adquirió la titularidad de dos concesiones diferentes en la Banda A: Lima y Callao y el área denominada "Resto del Perú" (zonas Norte, Centro y Sur).

82. En virtud de decisiones institucionales, legales o de gobierno, totalmente ajenas a su estrategia empresarial. Una de las mismas es que no se licitaba la Banda B en provincias.

83. Resolución N° 019-97-CCOIII del 1 de julio de 1997, en la controversia seguida por Tele 2000 S.A. y Empresa Difusora Radio Tele S.A.- Radio Panamericana contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 002-95).

Tele 2000, sí contaban con el RAN.

El RAN es un elemento o servicio asociado a las redes de telecomunicaciones móviles que permite que, sin la intervención del usuario, este pueda acceder a través de otras redes (red visitada) a los servicios móviles cuando se encuentre fuera de la cobertura de su red de origen. De otro lado, el Roaming Manual, a diferencia del automático, requiere que el usuario realice algunas actividades adicionales para que se active la cobertura en la red visitada.<sup>79</sup>

Para analizar la posición de dominio, se determinó que el mercado relevante para efectos de esta controversia era el del servicio público de telefonía móvil en Lima y Callao.<sup>80</sup> A nivel geográfico se hizo esta delimitación debido a que mientras Telefónica tenía cobertura a nivel nacional<sup>81</sup>, Tele 2000 no tenía concesión fuera de Lima y Callao, y a nivel de servicio se quedó solo con el de telefonía móvil debido a que no existía otro servicio que constituya un buen sustituto de este, principalmente porque tal servicio permite a sus usuarios (i) una comunicación en tiempo real con los de cualquier otra red telefónica nacional o extranjera; y, (ii) disponer del servicio en cualquier lugar, posibilitando la movilidad, a diferencia de lo que ocurre con la telefonía fija.

De otro lado, Tele 2000 enfrentaba una barrera legal de entrada que le impedía acceder directamente a cobertura nacional, puesto que no contaba con una concesión para la operación móvil en el resto del país.<sup>82</sup>

En su resolución final, en relación al RAN, el CCO señaló que la cobertura era un recurso esencial para competir en el mercado relevante (Lima y Callao) del servicio de telefonía móvil, en tanto permitía a los usuarios gozar de una mayor movilidad y que, siendo la cobertura una dimensión fundamental de dicho servicio público, se podía concluir que, en igualdad de las demás condiciones, los usuarios optarían por el proveedor que ofreciera la mayor cobertura, ya que ella constituía una innegable ventaja a efectos de la competencia.<sup>83</sup>

Respecto a la práctica, el CCO determinó que no existía impedimento técnico alguno para que Telefónica otorgue el RAN a Tele 2000. Asimismo, para el CCO el comportamiento de Telefónica reducía el bienestar de los abonados o usuarios de Tele 2000, ya que se veían impedidos de acceder a la cobertura nacional, al mismo tiempo que reducía el bienestar de sus propios abonados o usuarios, que tampoco tenían la posibilidad de beneficiarse de la cobertura de un abonado de Tele 2000, por lo que la conducta adoptada por Telefónica no generaba eficiencia en el mercado. En ese sentido, la negativa del acceso al RAN restaba las posibilidades de Tele 2000 de competir con Telefónica.

El CCO declaró que la negativa de Telefónica de otorgar a Tele 2000 el RAN constituía un abuso de posición de dominio en el mercado del servicio público de telefonía móvil en Lima y Callao, así como una violación del principio de neutralidad, e impuso a Telefónica una multa de 50 UIT. Asimismo, el CCO dispuso que Telefónica

establezca el RAN a favor de los usuarios de Tele 2000.

En segunda instancia, la Presidencia del OSIPTEL confirmó en parte la resolución del CCO, revocando la sanción impuesta, pero obligando a Telefónica a establecer el RAN a favor de los usuarios de Tele 2000. Asimismo, dispuso las condiciones y términos del proceso de negociación entre las partes para que se cumpla con dicha obligación impuesta.<sup>84</sup>

### **b.2. AT&T contra Telefónica**

AT&T Perú S.A.C. (AT&T) presentó una denuncia contra Telefónica. Ambas empresas se encargaban de prestar el servicio de telefonía fija y eran portadoras de larga distancia nacional y larga distancia internacional en todo el territorio del Perú. La conducta denunciada consistía en que Telefónica habría desarrollado una supuesta estrategia anticompetitiva integral compuesta por 10 infracciones a las normas específicas del sector telecomunicaciones y a las normas de libre y leal competencia. Cabe indicar que OSIPTEL determinó que, en efecto, Telefónica habría incurrido en 6 de las 10 infracciones denunciadas y, por consiguiente, impuso a Telefónica una multa de 1,097 UIT, la más elevada en la historia del OSIPTEL.

Entre las infracciones cometidas por Telefónica se encuentra una negativa injustificada, bajo el ámbito de la normativa de libre competencia.

AT&T, en su calidad de abonado de líneas PRI<sup>85</sup>, y como prestador de servicios de larga distancia, denunció a Telefónica porque esta última no le otorgaba las promociones, descuentos y otros beneficios que ofrecía a sus abonados de telefonía fija por servicios de larga distancia nacional. Cabe indicar que los abonados de telefonía fija de Telefónica podían preseleccionar a una empresa operadora para cursar llamadas de larga distancia (preselección de operadores de larga distancia) y entre estas empresas se encontraba AT&T.

AT&T denunció que Telefónica no le otorgaba acceso a la numeración 0-800-5-XXXX. Esta serie era utilizada por Telefónica para prestar el servicio “País Directo”, el cual permitía que personas extranjeras puedan hacer llamadas de larga distancia de cobro revertido desde el Perú, utilizando los servicios de operadores internacionales. Para ello, los usuarios no requerían pagar monto alguno a Telefónica, sino que el monto correspondiente era cobrado al usuario que recibía y aceptaba la llamada. Cabe indicar que en la resolución del CCO se señaló que esta serie se encontraba dentro de las series que se otorgan para el acceso al servicio de llamadas de libre pago o cobro revertido, las cuales eran parte de los servicios con facilidades de red inteligente,<sup>86</sup> los mismos que no podían ser restringidos en la medida que se trataba de comunicaciones realizadas dentro de la red fija de Telefónica. Conforme a ello, se observó que Telefónica (dominante en el mercado de telefonía fija a nivel nacional) habría incurrido en un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de otorgar a AT&T el acceso a una facilidad de su red inte-

84. Resolución N° 073-97-PD/OSIPTEL del 13 de noviembre de 1997, en la controversia seguida por Tele 2000 S.A. y Empresa Difusora Radio Tele S.A. - Radio Panamericana contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 002-95).

85. Las líneas PRI son circuitos que tienen 30 canales para transmitir diversa información. Dichas líneas se encuentran identificadas con un número telefónico. Las comunicaciones que se realizan a través de ellas toman cualquiera de los canales disponibles. Las líneas PRI se utilizaron en años anteriores como medios de interconexión transitoria, de conformidad con lo establecido por las Normas Complementarias en Materia de Interconexión, Resolución N° 014-99-CD/OSIPTEL. AT&T al ser un usuario de las Líneas PRI, tenía interconexión transitoria con Telefónica.

86. Ello se había establecido expresamente mediante la Resolución Directoral N° 661-93-TCC/15.17 del 27 de diciembre de 1993.

ligente (la numeración 0-800-5-XXXX) impidiendo que sus abonados del servicio de telefonía fija que preseleccionaron los servicios de larga distancia de AT&T tengan acceso a dicha numeración.

Esta negativa de acceso dañó a los operadores de larga distancia que participaban del sistema de preselección como AT&T, ya que los usuarios podrían haber optado por no utilizar sus servicios al conocer que perderían el acceso a los servicios brindados a través de la numeración 0-800-5-XXXX si preseleccionaban a otro operador (distinto de Telefónica) o, de haberlo hecho, podrían haber regresado a Telefónica para volver a tener acceso a dichos servicios. Más aún, Telefónica efectuó el bloqueo a la numeración 0-800-5-XXX aprovechando su calidad de operador de la red fija y en detrimento de AT&T como operador de larga distancia, lo cual constituía una contravención al Principio de Neutralidad reconocido en la normativa vigente a la fecha de la realización de la conducta.<sup>87</sup> Asimismo, esta negativa tuvo efectos directos sobre los usuarios de los servicios de operadores de larga distancia a los que se accedía a través de la numeración 0-800-5-XXXX (por ejemplo, turistas o viajeros frecuentes), sobre los abonados fijos de Telefónica que preseleccionaban los servicios de AT&T, ya que perdieron el acceso a dicha numeración desde las líneas que preseleccionaban.

Conforme a lo expuesto, el CCO determinó que la conducta de Telefónica constituyó abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, tipificada en el artículo 5 inciso a) del DL 701, calificándola como una infracción muy grave e imponiendo una multa de 125 UIT. Adicionalmente, se ordenó a Telefónica el cese de la práctica denunciada.<sup>88</sup>

### **b.3. Pedro Laca Buendía contra Electronorte**

Pedro Laca Buendía (Sr. Laca), concesionario del servicio de televisión por cable en la ciudad de Lambayeque, denunció a Electronorte S.A. (Electronorte), distribuidora de electricidad en esa ciudad, por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de trato. El denunciante indicó que había estado usando los postes de Electronorte en base a un contrato de alquiler, que en su opinión, reflejaba la imposición de un precio excesivo impuesto por esta empresa.

Por su parte, también señaló que los postes de Electronorte constituían una facilidad esencial para la prestación del servicio de televisión por cable, sin embargo, cuando solicitó la renovación del contrato, la empresa Electronorte se habría negado injustificadamente a renovarlo.

El mercado relevante fue definido como el mercado de postes de Electronorte y de Telefónica que podían ser utilizados, bajo la figura de arrendamiento, en la ciudad de Lambayeque, por los concesionarios del servicio de televisión por cable como insumo para prestar el servicio de difusión.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia determinó que el mercado rele-

#### **87. Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones**

**Artículo 9.-** Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones que es soporte de otros servicios o que tiene una 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, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio.

Cabe indicar que, en el TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (normativa vigente), aprobado por Decreto Supremo 020-2007-MTC, este Principio es recogido en el Artículo 11.

**88. Resolución N° 052-2002-CCO-OSIPTEL del 16 de julio de 2002,** en la controversia seguida por AT&T contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 003-2001-CCO).



vante tenía importantes barreras a la entrada, como economías de escala en la instalación de postes (ya que los postes son costosos en sí mismos y tienen altos costos de instalación, a la vez que tienen bajos costos de mantenimiento, por lo cual una empresa que ya tiene postes instalados tiene una ventaja sobre la que tiene que instalar postes). Adicionalmente, se consideró como barrera legal lo establecido por la Municipalidad Provincial de Lambayeque, la cual mediante un disposición limitaba el número de postes que podían existir en determinadas zonas geográficas. Sin embargo, el CCO estimó que no se había logrado comprobar que fuera imposible o extremadamente difícil para el Sr. Laca instalar su infraestructura propia, por lo que concluyó que no podía afirmarse que los postes de Electronorte fueran una facilidad esencial.<sup>89</sup>

Sin perjuicio de ello y considerando que el control de una facilidad esencial no era la única forma de tener posición de dominio, el CCO concluyó que Electronorte contaba con posición de dominio en el mercado, en la medida que: (i) era la empresa de mayor presencia en posesión de postes en el mercado relevante ya que contaba con cinco veces más la cantidad de postes que su competidor en el arrendamiento, Telefónica; y, (ii) existían importantes barreras de entrada al mercado.

En relación a la conducta analizada, el CCO señaló que, a pesar de que Electronorte no dio respuesta oportuna a las solicitudes del Sr. Laca, eso no implicaba necesariamente una negativa al uso de sus postes, considerando que el Sr. Laca siguió utilizando los postes sin que Electronorte le requiriera la devolución.

Asimismo, el CCO concluyó que, aun bajo el supuesto de que Electronorte se hubiese negado a contratar con el Sr. Laca, se debía analizar si la negativa estaba justificada. Así, durante el desarrollo del procedimiento se acreditó que el denunciante había incurrido en incumplimientos contractuales sustanciales, como la falta de pago de varias mensualidades y había ampliado el número de postes utilizados sin la autorización previa de Electronorte. Ello constituía justificación suficiente para que Electronorte se negara a continuar permitiéndole el uso de sus postes. En consecuencia, el CCO concluyó que no se había producido una negativa injustificada de trato, declarando así infundada la denuncia.<sup>90</sup>

#### **b.4. Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa contra Telefónica**

Esta controversia fue iniciada por Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. (Alfotel), concesionaria del servicio de televisión por cable, contra Telefónica, concesionaria del servicio de telefonía fija en la ciudad de Lima, por presuntamente haberse negado injustificadamente a contratar el alquiler y uso de sus postes en la zona de Huaycán, infraestructura que, según la denunciante, era necesaria para que pudiera desarrollar su actividad económica. La denunciante planteó que, pese a haber solicitado a Telefónica hasta en dos oportunidades el uso de sus postes en el distrito de Huaycán, la denunciada no había dado respuesta alguna por

89. Esto se diferencia de la controversia entre Telecable Motupe S.R.L. contra Electronorte S.A. (Expediente 008-2001-CCO), en la medida que en dicha controversia el CCO encontró que la Municipalidad de Motupe había establecido una prohibición general de instalar postes en esa ciudad. En ese sentido, el CCO en este caso consideró que había una restricción legal absoluta que impedía a la denunciante instalar su propia red de postes y, por ende, Electronorte que poseía los postes en la ciudad controlaba una facilidad esencial, ostentando posición de dominio en el mercado relevante. Ver: Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTTEL del 8 de abril del 2002. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL mediante Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTTEL del 24 de junio del 2003.

90. Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTTEL del 25 de marzo de 2002, en la controversia seguida por Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte S.A. (Exp. 005-2001). Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL mediante Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTTEL del 24 de junio del 2003.

91. Cabe indicar que el CCO determinó que la posición de dominio era conjunta con la empresa Luz del Sur, funcionando a manera de duopolio. Al respecto, es importante señalar que con la LRCA queda eliminada cualquier posibilidad de evaluar posiciones de dominio conjuntas en los casos tramitados ante las autoridades de competencia, lo cual, en nuestra opinión es un acierto conforme a la naturaleza misma de los actos de abuso de posición de dominio.

escrito, sin que existiera una razón válida para ello dado que contaba con espacio suficiente en los postes para atender a sus pedidos.

La relevancia de este caso radica, en primer lugar, en que se determinó que la denunciada contaba con posición de dominio en el mercado de postes –sin necesidad de analizar si los mismos eran una facilidad esencial como en casos anteriores- y, en segundo lugar, en que en este caso se determinó que la negativa de trato era injustificada, ordenándose el acceso a los postes.

En su resolución final, el Cuerpo Colegiado señaló que Telefónica contaba con posición de dominio en el mercado relevante constituido por el acceso a los postes en la zona de Huaycán, restringido a la cobertura de la red de Telefónica, incluyendo además el servicio de arrendamiento de red (transporte de señal). Para ello, se realizó un análisis detallado del nivel de concentración, la existencia de barreras de acceso y salida, características de los compradores, entre otros factores. Para el análisis de sustitución se tuvo en cuenta si el uso de postes podía sustituirse por el servicio de transporte de señal utilizado por Cable Mágico (vinculada a Telefónica) y a quien esta brindaba el referido servicio para ofrecer el servicio de televisión por cable. Mediante dicho servicio, la empresa de cable entregaba sus señales de programación a la operadora de telefonía fija (Telefónica) y esta última las transportaba hasta el domicilio del abonado, haciendo uso de toda su infraestructura, incluyendo postes, cables y otros elementos de red.

El CCO concluyó que si la operadora de televisión por cable no había efectuado aún la inversión en cables y otros equipos – como era el caso de Alfatel que recién estaba por iniciar sus operaciones - el transporte de señal podía ser un sustituto del uso de postes. Conforme a lo antes señalado, en este caso los postes no fueron calificados como facilidad esencial en la medida que existía un sustituto; no obstante ello, se consideró que Telefónica ostentaba posición de dominio en el mercado relevante, pues, además que participaba de un duopolio en el servicio demandado de acceso a postes,<sup>92</sup> era la única que podía ofrecer el servicio sustituto identificado.

Por otra parte, no quedó acreditado durante el procedimiento que la negativa de trato por parte de Telefónica era justificada. Si bien Telefónica argumentó una supuesta falta de capacidad, señalando que no contaba con espacio adicional para los cables de Alfatel –pues, según esta empresa, el espacio estaba reservado para la expansión futura de la red de telefonía fija-, el CCO observó que sí contaba con capacidad libre en sus postes que podría ser utilizada por una tercera empresa, sin que para ello se requiriese una modificación de su capacidad instalada que pudiera comprometer los planes de expansión previstos por la demandada para la zona materia de controversia. Inclusive, se demostró que ni en distritos con mayores poblaciones o de sectores con un nivel socioeconómico mayor, la empresa había tenido un crecimiento aproximado a los porcentajes que planteaba para la zona de Huaycán y, por ende, la expansión que fue planteada por Telefónica no requería los espacios

92. Para el CCO tanto Telefónica como Luz del Sur tenían una presencia equivalente en el mercado del servicio de acceso a postes en Huaycán, funcionando como un duopolio, registrándose así un nivel de concentración elevado.

libres en los postes que la empresa se estaba reservando.

Conforme a ello, el CCO declaró Fundada la denuncia por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato y dispuso que Telefónica satisfaga el requerimiento efectuado por Alfatel respecto de los postes de su propiedad ubicados en la zona de Huaycán, con excepción de los postes de apoyo. Asimismo, se impuso a Telefónica una multa ascendente de 25 UIT.<sup>93</sup>

### **b.5. Tele Cable Casma contra Hidrandina**

Esta controversia fue iniciada por Tele Cable Casma S.R.L. (Cable Casma) contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. – Hidrandina S.A. (Hidrandina) y consistía en una negativa de acceso a postes. Cable Casma, concesionaria para prestar el servicio público de televisión por cable en la ciudad de Casma en Áncash, había suscrito un convenio con Hidrandina,<sup>94</sup> concesionaria que desarrollaba actividades de distribución de energía eléctrica en Casma, mediante el cual se autorizaba a Cable Casma al uso de los postes de Hidrandina.

Durante el desarrollo del procedimiento, Cable Casma solicitó una medida cautelar al CCO para que se mantenga la tarifa que pagaba por poste de acuerdo con el convenio celebrado con Hidrandina y que se prohíba a esta última que le impida continuar utilizando su red de postes hasta que se resuelva la denuncia que posteriormente plantearía ante los Cuerpos Colegiados por infracciones a la normativa de libre competencia (en particular, negativa arbitraria y negativa injustificada a contratar).

En primera instancia,<sup>95</sup> el CCO señaló que no existía verosimilitud de derecho<sup>96</sup> en cuanto a lo solicitado por Cable Casma en la medida que: (i) no existía relación de competencia y por ende la conducta que sería denunciada no podría configurar una negativa injustificada a contratar, y (ii) en relación a la negativa arbitraria, el CCO consideró que no podía configurarse la misma a través de un precio excesivo porque no podría tener una intención anticompetitiva. Asimismo, señaló que no era posible que las instancias de solución de controversias fijen un precio (para el alquiler de postes).<sup>97</sup>

En este caso, destaca el pronunciamiento del TSC que, en segunda instancia, indicó que las empresas con posición de dominio también realizaban negativas indirectas y que las mismas se podían manifestar a través de: retrasos en las entregas de los productos, entrega de productos defectuosos, establecimiento de precios altos con relación a los precios que se facturan a la empresa vinculada con la empresa dominante, entre otros.<sup>98</sup>

El TSC señaló que este tipo de conductas se realizaban cuando una empresa tenía como objetivo obstaculizar o entorpecer la permanencia de su competidor, siendo que de otra forma no tenía sentido su empleo. Cuando una empresa tiene posición de dominio en el mercado de insumos y también participa en el mercado del bien final, desea extender su posición de dominio a dicho mercado siendo posi-

93. Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTTEL del 20 de enero del 2003, en la controversia seguida por Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 009-2001-CCO). Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL mediante Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTTEL del 30 de junio del 2003.

94. "Convenio de Utilización de Postes del Servicio Público de Electricidad para instalación de Circuito Cerrado de Televisión – Tele Cable Casma" suscrito entre las partes el 10 de noviembre de 1993.

95. Resolución N° 002-2005-CCO/OSIPTTEL de 15 de abril de 2005, en la controversia seguida por Tele Cable Casma S.R.L. contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. – Hidrandina (Exp. 004-2005-CCO).

96. Como no existía verosimilitud de derecho, el Cuerpo Colegiado ya no se pronunció sobre el peligro en la demora, en la medida que carecía de objeto hacerlo.

97. Resolución N° 002-2005-CCO/OSIPTTEL de 15 de abril de 2005, en la controversia seguida por Tele Cable Casma S.R.L. contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. – Hidrandina (Exp. 004-2005-CCO).

98. Resolución N° 007-2005-TSC/OSIPTTEL del 24 de mayo de 2005 (Exp. 004-2005-CCO).

ble que la empresa dominante favorezca las relaciones comerciales que tiene con empresas vinculadas a ella. En estos casos, podría aparecer la figura de las negativas indirectas a través del uso de precios altos, en comparación con los precios que factura a su vinculada.

El TSC dejó en claro que cuando ello sucede, la autoridad de competencia no debería determinar el precio ideal ni si el precio es elevado en sí mismo, ni tampoco estimar el precio en función a los costos de la empresa que los produce. La autoridad de competencia solo evalúa el precio en comparación con el precio de venta de la empresa dominante a la empresa vinculada a esta, es decir, el precio de transferencia, porque lo importante era analizar cómo dicho precio afectaba a la competencia. Por ello, en la resolución comentada el TSC sostuvo que el análisis de precios en materia de competencia solo podía ser realizado bajo la hipótesis de los precios de transferencia siendo ello posible cuando existía una relación de competencia entre la empresa demandante y la empresa demandada. Esto es claro en la medida que no está dentro de la naturaleza de una agencia de competencia evaluar o regular los precios, tarea propia de un organismo regulador.

#### **b.6. Cable Visión Ica contra Electro Sur**

Esta controversia enfrentó a Cable Visión S.A.C. (Cable Visión Ica), empresa encargada de prestar el servicio de radiodifusión por cable en distintos distritos del departamento de Ica y en la ciudad de Huancayo y, a Electro Sur Medio S.A. (Electro Sur), empresa que se encargaba de prestar el servicio de transmisión eléctrica en el departamento de Ica. La conducta denunciada consistía en la negativa injustificada de Electro Sur a arrendar a Cable Visión Ica un determinado número de postes, pese a que esta última había cumplido con los requerimientos efectuados por la denunciada.

A fines del 2004, Cable Visión Ica solicitó a Electro Sur el acceso a su red de postes, al amparo de la Ley que regula el acceso y uso de infraestructura, con la finalidad de usar esta infraestructura para prestar el servicio de televisión por cable en distintos sectores de Ica. Según Cable Visión Ica, pese a que había cumplido con presentar la información requerida<sup>99</sup> para ello, Electro Sur no le habría dado respuesta a sus solicitudes presentadas hasta en dos oportunidades. En ese sentido, la denunciante si bien en un principio consideraba que la conducta adoptada por Electro Sur constituía un acto de abuso de posición de dominio y una infracción a las normas de acceso y uso compartido, posteriormente precisó que la denuncia debía ser tramitada como un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.

Como parte de su defensa, Electro Sur señaló que sí había respondido a la solicitud presentada por Cable Visión comunicándole que para hacer posible el uso compartido de infraestructura, ambas empresas debían llegar a un acuerdo res-

99. Información acerca de los aspectos técnicos, descripción y características de los elementos activos y pasivos que formarían parte de la red, el plano del área en las cuales se había planificado instalar la red, entre otros.

pecto del uso de dicha infraestructura para lo cual le requirió cierta información. No obstante, Cable Visión habría entregado dicha información ocho meses después de lo establecido. Asimismo, Electro Sur precisó que a esa fecha, todavía no se había promulgado el Reglamento de la Ley de acceso y uso compartido, y que no era aplicable el DL 701 en la medida que no era un competidor - directo ni indirecto- de la denunciante.

Al respecto, el CCO a cargo de la controversia determinó que sobre la base del principio de irretroactividad que rige los procedimientos administrativos, la conducta denunciada sería analizada bajo el DL 701, y por la LRCA en cuanto resultase favorable para el denunciado.<sup>100</sup>

Sobre la presunta infracción de Electro Sur consistente en no responder la solicitud de acceso a su red de postes, el CCO señaló que solo resultaba sancionable si la conducta era cometida por un competidor del denunciante. En la controversia se determinó que Electro Sur no se encontraba integrada verticalmente con algún competidor de Cable Visión y que no se había evidenciado que dicha empresa tuviese planes para incursionar en el mercado de televisión por cable, por lo que el CCO concluyó que entre Electro Sur y Cable Visión no existía una relación de competencia y descartó la configuración de la negativa injustificada de trato.

Por otro lado, sobre la supuesta negativa arbitraria, el CCO determinó que esta práctica hasta ese momento había sido tramitada bajo la cláusula general del DL 701. No obstante, en la medida que la LRCA derogó al DL 701 y que la norma actualmente vigente no regulaba dicha práctica, el CCO determinó que su persecución había perdido sustento y declaró concluido el procedimiento por haberse producido la sustracción de la materia en el extremo referido a la negativa arbitraria.<sup>101</sup>

Asimismo, el CCO dejó a salvo el derecho de Cable Visión de solicitar la comparación de infraestructura, en caso considerase que se encontraba incurso en alguno de los supuestos tipificados por la Ley de acceso y uso compartido.

## 3.1.2. Discriminación

### a. Concepto y requisitos

El establecimiento de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes puede representar una práctica de abuso de posición de dominio según el marco legal de defensa de la libre competencia.<sup>102</sup> Esta práctica es conocida mayormente como discriminación, y su variante más común está relacionada con el establecimiento de precios diferentes para un producto o servicio equivalente, práctica llamada “discriminación de precios”, aunque cualquier variable relacionada con un

100. Cuando se interpuso la denuncia se encontraba vigente el DL 701 que sancionaba la negativa injustificada y un tipo especial de esta denominada negativa arbitraria. Lo que se sancionaba a través de la negativa arbitraria no era una intención anticompetitiva ni incentivos para perjudicar a un competidor sino ocasionar un daño de magnitud considerable a la competencia.

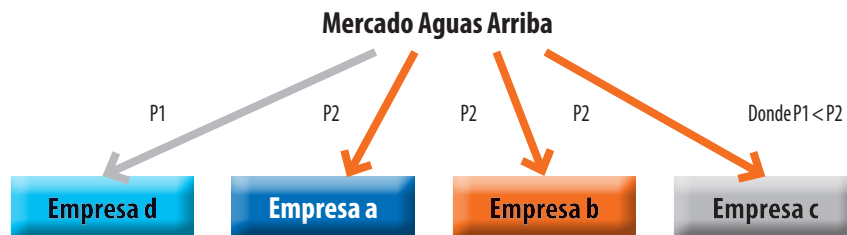
101. Resolución N° 025-2009-CCO/OSIPTEL del 8 de julio de 2009, emitida en la controversia iniciada por Cable Visión Ica S.A.C. contra Electro Sur Medio S.A. (Exp. 014-2005-CCO-ST/LC).

102. LRCA, artículo 10, numeral 10.2, inciso b).

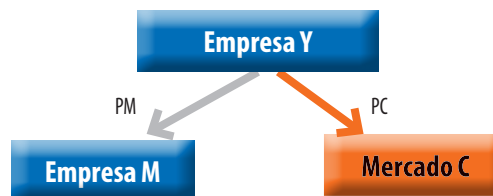
producto o servicio puede servir como herramienta de discriminación para una empresa dominante.

En la industria de telecomunicaciones las prácticas de discriminación se pueden presentar tanto en los mercados mayoristas (de insumos) como en los mercados finales, pudiendo en ambos casos afectar la competencia.

Una conducta de discriminación aplicada en un mercado mayorista implica la existencia de un operador dominante integrado verticalmente, que pone en desventaja a sus competidores aguas abajo estableciendo condiciones diferenciadas por la compra del insumo respecto a las que se impondría a sí misma o a su vinculada.



De otro lado, una conducta de discriminación se puede aplicar en los mercados finales al establecer mejores condiciones a los consumidores en los segmentos o áreas geográficas del mercado donde la empresa dominante enfrenta mayor competencia.



La discriminación no solo debe tener potenciales efectos anticompetitivos, sino que además debe ser injustificada. Así, la ley excluye a aquellos supuestos de otorgamiento de descuentos y bonificaciones propios de prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se presentan por ejemplo en casos de pago anticipado, compras por volumen, entre otras.

Por ello, solo en los casos en que no se encuentra una explicación objetiva para el trato diferenciado<sup>103</sup> se debe evaluar si la diferencia de precios o condiciones comerciales coloca a una empresa en desventaja frente a sus competidores. De no presentarse estas condiciones, la conducta no se considera ilícita.<sup>104</sup>

Para determinar si una práctica de discriminación es anticompetitiva, esta debe analizarse bajo la regla de la razón. Es decir, se considerará que una conducta de discriminación es ilegal si se demuestra que tiene efectos negativos reales y/o potenciales para el mercado, afectando tanto el proceso competitivo como el bienestar de los consumidores en última instancia, y que estos efectos negativos superan a las eficiencias que la misma práctica genera.

El OSIPTEL ha analizado algunos casos como discriminación. Los principales se desarrollan a continuación.

## b. Controversias

### b.1. Tele 2000 contra Telefónica<sup>105</sup>

Como ya se resumió en la parte correspondiente a negativa injustificada de trato, Tele 2000 había denunciado a Telefónica por negarse a brindarle el RAN, y por el supuesto trato discriminatorio por parte de Telefónica, ya que los abonados de dicha empresa, a diferencia de los de Tele 2000, sí contaban con el RAN.

Debido a que la ausencia de RAN impedía que Tele 2000 pudiera brindar cobertura a sus usuarios fuera de Lima y Callao –no tenía concesión en el resto del país-, y a que no existía impedimento técnico para que Telefónica otorgue este servicio, el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia declaró Fundada la denuncia por negativa injustificada de trato. Asimismo, el CCO concluyó que existió un trato discriminatorio entre los usuarios de Telefónica y de Tele 2000 teniendo en consideración que para que esta última empresa pudiera competir en igualdad de condiciones en el mercado de telefonía móvil de Lima y Callao, era necesario que tenga la misma oportunidad que tenía su competidor de acceder a la cobertura nacional y ofrecérsela a sus usuarios.<sup>106</sup>

Esta resolución fue confirmada en parte por la Presidencia del OSIPTEL, revocando la sanción de 50 UIT impuesta, y obligando a Telefónica a establecer el RAN a favor de los usuarios de Tele 2000 y, asimismo, estableciendo las condiciones y términos del proceso de negociación entre las partes para que se cumpliera con dicha obligación impuesta.<sup>107</sup>

103. Por ejemplo cuando una empresa con posición de dominio aplica condiciones de venta distintas entre sus clientes sin ofrecer otra explicación que el hecho de que tales diferencias son producto de la libre negociación entre las partes.

104. A pesar de (i) haberse aplicado precios diferentes y (ii) no haberse ofrecido justificación objetiva que los sustente. Ver: Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL del 24 de junio de 2003, emitida en la controversia iniciada por Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte S.A. (Exp. 005-2001).

105. En el Expediente 002/2001 se analizó un caso similar de Roaming producto de la denuncia de BellSouth Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.C. Sin embargo, el CCO determinó que para que se configure una afectación al principio de neutralidad sería necesario que Telefónica Móviles tenga posición de dominio en el mercado. Habiéndose descartado tal situación, debido a que Bellsouth sí contaba con una concesión que le permitía ofrecer cobertura a sus abonados sin necesidad de acceder al RAN de Telefónica Móviles, el cobro de una suma distinta a los usuarios de Telefónica Móviles y a Bellsouth por el servicio de roaming no implicó una trasgresión a dicho principio.

106. Resolución N° 019-97-CCOIII del 1 de julio de 1997, en la controversia seguida por Tele 2000 S.A. y Empresa Difusora Radio Tele S.A.- Radio Panamericana contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 002-95).

107. Resolución N° 073-97-PD/OSIPTEL del 13 de noviembre de 1997, en la controversia seguida por Tele 2000 S.A. y Empresa Difusora Radio Tele S.A.- Radio Panamericana contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 002-95).

### **b.2. Red Científica Peruana contra Telefónica**

Esta controversia fue iniciada luego de que la empresa Red Científica Peruana (RCP) presentara ante el OSIPTEL una denuncia por la supuesta comisión de actos contrarios a la libre y leal competencia por parte de Telefónica y por el supuesto incumplimiento de obligaciones estipuladas en el contrato de concesión de esta última.

RCP era un operador del servicio de acceso a internet que utilizaba la infraestructura de Telefónica (medios de transmisión) para atender a sus usuarios. Así, Telefónica operaba en el mercado aguas arriba ofreciendo como insumo sus medios de transmisión para que puedan ser usados por empresas que brindaban el acceso a internet (aguas abajo) donde la propia Telefónica y algunas empresas relacionadas también operaban.

Si bien en esta controversia se analizaron diversos supuestos, en esta sección solo nos ocuparemos del análisis realizado respecto a los actos de discriminación que aplicó Telefónica contra RCP.

Al respecto, el CCO a cargo de la controversia decidió analizar en conjunto los siguientes puntos, ya que consideró que todos ellos se referían a la supuesta desatención de Telefónica de los pedidos de RCP en contextos de conductas discriminatorias o de utilización indebida de información privilegiada:

- Supuesta no atención a las solicitudes de conexión a Lima de diversas instituciones y de universidades del país agrupadas en catorce (14) consorcios provinciales, las cuales eran clientes de RCP, cuyas conexiones se debían hacer a través de los medios de transmisión de Telefónica.
- Supuesto ofrecimiento por parte de Telefónica de 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 Telefónica.
- Aparente utilización por parte de Telefónica de información privilegiada para confundir, desinformar, distraer, así como orientar a su favor, para atraer clientes de la competencia, esto es, clientes de RCP.
- Treinta líneas dedicadas supuestamente pendientes de instalación, las mismas que no pudieron concertarse por la falta de atención a las solicitudes de RCP.

Al observarse las presuntas conductas anticompetitivas, en primer lugar el CCO determinó el mercado relevante en el cual se debería analizar la posición de dominio. El CCO determinó dos mercados a evaluar: (i) el mercado de acceso a internet, que se encontraba en libre competencia y en el cual, competían RCP y otras empresas,



incluyendo Telefónica; y, (ii) el mercado de provisión de medios de transmisión, tanto circuitos como telefonía fija (señalando además que dichos medios de transmisión constituían instalaciones esenciales para proveer el acceso a internet). Así, el CCO concluyó que existía posición de dominio de Telefónica sobre los medios de transmisión lo cual le permitía afectar de manera determinante las condiciones de participación en el mercado de acceso a Internet y facilitar su propia entrada al mismo.

Respecto a la práctica de discriminación, en primer lugar debe señalarse que el CCO encontró evidencia de que Telefónica había ofrecido descuentos a algunos clientes de RCP (algunas universidades). Para el CCO esto había constituido un acto anticompetitivo por parte de Telefónica, ya que discriminó a RCP y a otros proveedores de acceso a internet, abusando de su posición de dominio.

Asimismo, el CCO determinó que Telefónica había ofrecido diferentes configuraciones de red en las que se observó que mientras a los Centros Proveedores de Información (CPI) no se les cobraba por tramos de larga distancia, a RCP sí se le cobraba. En tal medida, se concluyó que existían indicios razonables de que Telefónica habría estado implementando subvenciones a favor de otros con los que guardaba vinculación. En consecuencia, para el CCO Telefónica aplicó discriminatoriamente, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, abusando de la posición de dominio que tenía en el mercado de provisión de medios de transmisión.

Así, el CCO declaró Fundada la denuncia toda vez que determinó que Telefónica había incurrido en abuso de posición de dominio en el mercado relevante. Asimismo, declaró que Telefónica había transgredido diversas estipulaciones de sus contratos de concesión. En tal sentido, impuso una multa de 60 UIT y una medida correctiva consistente en el cese del trato discriminatorio.<sup>108</sup>

En segunda instancia, la Presidencia del Consejo Directivo confirmó en parte la resolución de primera instancia, modificando el monto de la multa a 50 UIT, ya que se consideró como tope lo señalado en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL.<sup>109</sup>

### **b.3. Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte<sup>110</sup>**

Esta controversia se presentó en el mercado de televisión por cable de Lambayeque en el año 2001. Como ya se resumió en la parte correspondiente a negativa injustificada de trato, la denuncia fue presentada por el Sr. Laca contra Electronorte alegando –en el extremo referido a la discriminación– que Electronorte estaba cobrándole un precio mayor de aquel que cobraba a otras empresas de televisión por cable por el mismo concepto de alquiler de postes. Asimismo, el Sr. Laca señaló que Electronorte lo coaccionó para que firmara un contrato por el uso de postes de televisión por cable y le impuso el contenido del mismo.

Como ya se indicó previamente, el CCO a cargo de la controversia declaró que Electronorte tenía posición de dominio en el mercado relevante de alquiler de postes para ser uti-

108. Resolución N° 055-CCO/97 del 14 de octubre de 1997, en la controversia seguida por Red Científica Peruana contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 001-96).

109. Resolución N° 020-98-PD/OSIPTEL del 6 de febrero de 1998, en la controversia seguida por Red Científica Peruana contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 001-96).

110. En el Expediente 007-2001 se analizó un caso similar en el que la Cable Junior S.A. demandó a Electro Sur Medio S.A.A. por negativa injustificada de trato y trato discriminatorio respecto a las tarifas para el alquiler de postes de esta última. En primera instancia, el CCO declaró Infundada la demanda en ambos extremos siguiendo los mismos criterios que en el Expediente 005-2001. En segunda instancia, el Tribunal de Solución de Controversias se pronunció solo respecto a la práctica de negativa injustificada a contratar. De igual manera se analizó el Expediente 008-2001 de Tele Cable Motupe contra Electronorte por negativa injustificada a contratar y precios discriminatorios, declarándose Infundada la demanda por el CCO, lo cual fue confirmado por el Tribunal de Solución de Controversias.

lizados, bajo la figura de arrendamiento, en la ciudad de Lambayeque, por los concesionarios del servicio de televisión por cable como insumo para prestar este servicio de difusión.

Respecto a la discriminación de precios, el CCO señaló que, para determinar una potencial discriminación se deberían cumplir tres requisitos básicos: (i) la empresa debía tener posición de dominio en el mercado relevante; (ii) la empresa debía contar con suficiente información sobre la disponibilidad de pago de sus clientes, para cobrarle a cada uno o a cada grupo aquel precio que estén dispuestos a pagar como máximo antes de dejar de comprar el bien; y, (iii) que no sea posible el arbitraje (reventa) o que la empresa esté en capacidad de evitarlo. Y para determinar si es una práctica ilegal se debía analizar, además de que se cumplan estos tres requisitos, si se produjo efectivamente la discriminación y no solo una diferenciación del producto, y si la conducta tuvo efectos perjudiciales para la competencia y el mercado.

Particularmente, en este caso se determinó que (i) Electronorte tenía posición de dominio, (ii) contaba con información que le podría permitir realizar una discriminación de precios imperfecta, (iii) el arbitraje no era posible, ya que el producto era un derecho de uso. De otro lado, en base al siguiente cuadro se determinó que, efectivamente, Electronorte sí cobraba precios diferenciados a sus clientes en el mercado de alquiler de postes. En algunos casos los bajos precios parecían justificarse por la cantidad de postes y en otros por los mayores plazos de los contratos de alquiler (5 años), tal como lo afirmó Electronorte en su defensa. En el siguiente cuadro se puede observar lo señalado por Electronorte en relación a los plazos de los contratos, el número de postes así como el precio por poste en dólares americanos:

### Condiciones de los Contratos de Alquiler de Postes de Electronorte

	Plazo del Contrato	Postes Utilizados	Precio po Poste más IGV
Yomel Perú S.A.	5 años	5623	US\$ 0.85
Boga Comunicaciones	5 años	5623	US\$0.85
Tele Cable Motupe S.R.L.	1 años	315	US\$1.50
RKUTVS.S.R.L.	1 años	193	US\$1.50
Pedro Juan Laca Buendía	1 años	268	US\$1.50
TV Cable Satelital Bagua	5 años	132	US\$1.00
Supercable Televisión S.R. Ltda	5 años	754	US\$1.00
Cable Visión Chachapoyas E.I.R.L. Ltda.	9 meses	160	US\$1.50

111. Cabe destacar que también se declaró Infundada la demanda en el extremo de la negativa injustificada a contratar. Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL del 25 de marzo de 2002, en la controversia seguida por Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte S.A. (Exp. 005-2001).

112. Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL del 24 de junio de 2003, en la controversia seguida por Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte S.A. (Exp. 005-2001).

Fuente: Expediente 005-2001.

Sin embargo, también se encontraron contratos en los cuales el plazo era de un año, los cuales aparentemente no se ajustaban a justificaciones de eficiencia esgrimidas por Electronorte. Asimismo, tampoco se observó que Electronorte ofreciera al Sr. Laca un contrato de cinco años (o de más de un año) que haya sido rechazado por este último. En ese sentido, se determinó que Electronorte había ofrecido a otros clientes condiciones más ventajosas de las que ofreció al Sr. Laca; sin embargo, para el CCO esta diferencia en los precios no puso en desventaja al Sr. Laca, verificándose que incluso durante el periodo en el que se produjo la supuesta discriminación, el número de abonados que contaban con los servicios de televisión por cable del Sr. Laca se duplicaron (entre junio de 2000 y noviembre de 2001). Así, al no observarse efectos negativos para la competencia producto de la discriminación de precios, se determinó que Electronorte no había incurrido en un abuso de posición de dominio, declarándose Infundada la demanda en este extremo.<sup>111</sup>

En segunda instancia, el Tribunal de Solución de Controversias confirmó la resolución en todos sus extremos, tomando los criterios adoptados por el CCO, al observar que si bien se estaría aplicando una discriminación de precios, esta no resultaba anticompetitiva ya que no se generaron efectos negativos contra la empresa del Sr. Laca.<sup>112</sup>

#### **b.4. Boga Comunicaciones contra Telefónica Multimedia**

En esta controversia la empresa de televisión por cable Boga Comunicaciones S.A (Boga) denunció a Telefónica Multimedia S.A.C. (Multimedia) por la presunta comisión de actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y precios predatorios en el mercado de televisión por cable.

La acusación de Boga radicaba en que Multimedia venía ofreciendo su paquete básico (con 80 canales) que normalmente costaba US\$ 35 al precio de su paquete económico (con 38 canales) que costaba US\$ 17.85, en los distritos en los que competía directamente con Boga, lo cual en opinión de esta última constituía una discriminación de precios anticompetitiva así como predatoria. Asimismo, Boga señaló que Multimedia ofrecía condiciones de pago más ventajosas, pues no realizaba gestiones de cobranza a morosos ni les cortaba el servicio por falta de pago. Incluso, Boga señaló que habían empezado a perder usuarios, muchos de los cuales habían ido a Multimedia.

Por su parte, Multimedia señaló que no tenía posición de dominio en los distritos donde competía con Boga, sino que es más bien esta última la que tiene posición de dominio, señalando además que su conducta no era anticompetitiva, y que el paso de los usuarios de Boga a Multimedia era una respuesta natural de mercado. Asimismo, Multimedia señaló que si bien en un momento tuvo problemas de stock con los filtros que restringían los canales en el paquete económico respecto del paquete básico, dicho problema se superó, reinstalando además los filtros que fue-

113. Servicio de Distribución Multipunto por Microondas, MMDS (sigla del inglés Microwave Multipoint Distribution Service). Es una tecnología de acceso inalámbrico a los servicios de televisión de paga.

114. Con respecto al nivel de concentración que presenta el mercado relevante, el indicador más utilizado es el índice HHI (Herfindahl-Hirschman Index), el cual fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos y resulta de sumar el cuadrado de los porcentajes de participación de todas las empresas que participan en el mercado. El producto de esta sumatoria puede resultar en una cifra que fluctúa en un valor entre 0 y 10,000 siendo este último caso el del monopolio que cuenta con el 100% del mercado. Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre la posibilidad de ejercicio de poder de mercado. En los Horizontal Merger Guidelines se señala que un HHI menor a 1,500 refleja un mercado no concentrado; un HHI entre 1,500 y 2,500 es un mercado moderadamente concentrado, y un HHI superior a 2,500 es el de un mercado altamente concentrado. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html#5c>. Sin embargo, existen otros indicadores de concentración de mercado. Para mayor detalle ver: OSIPTEL. (2007). "Indicadores de Concentración: Una revisión del Marco Conceptual y la Experiencia Internacional". Documento de Trabajo N° 002-2007 de la Gerencia de Relaciones Empresariales. Asimismo, para ver la aplicación de estos indicadores al mercado de telecomunicaciones peruano se puede consultar: OSIPTEL. (2007). "Indicadores de participación y concentración de mercado en los servicios públicos de telecomunicaciones". Boletín de Competencia N° 001-GRE-2007 de la Gerencia de Relaciones Empresariales; y OSIPTEL. (2010). "Indicadores de participación y concentración de mercado en los servicios públicos de telecomunicaciones". Boletín de Competencia N° 002-GRE-2010 de la Gerencia de Relaciones Empresariales.

ron robados. De otro lado, Multimedia señaló que sí realizaba acciones de cobranza en las zonas donde competía con Boga y que, a la fecha, tenía cortado el servicio a 3 800 suscriptores y había dado de baja a 11 100.

En esta controversia, el producto relevante considerado fue el servicio de televisión por cable transmitido por medio físico a los usuarios finales. La provisión del servicio a través de medios satelitales y MMDS<sup>113</sup> fue descartada por el CCO debido a los altos costos que estos medios de transmisión implicaban para el usuario. A nivel geográfico se determinó que el mercado relevante estaba constituido tanto por los distritos donde operaba Boga, como por los distritos adyacentes o cercanos en los que predominaban los hogares de niveles socioeconómicos (NSE) C, D, y E, sectores a los que principalmente pertenecían los abonados de Boga. Los distritos en los que Boga operaba eran: Comas, El Agustino, Independencia, Cercado de Lima, Los Olivos, Rímac, San Juan de Lurigancho, Puente Piedra, Santa Anita, Carabayllo, Villa el Salvador y San Juan de Miraflores. Y los distritos donde Boga potencialmente podía competir con Multimedia eran: San Martín de Porres, Ate, La Victoria, Chorrillos, Breña, Barranco, Villa María del Triunfo, Callao, Carmen de la Legua, La Perla y Ventanilla.

Respecto a la posición de dominio de Multimedia en el mercado relevante, el CCO determinó que Multimedia había mantenido la mayor participación de mercado, considerando además que este era un mercado altamente concentrado (tomando como referencia los valores de HHI por distrito).<sup>114</sup> El CCO coincidió con la Secretaría Técnica al señalar que Multimedia sí contaba con posición de dominio en el mercado relevante.

En lo que respecta al análisis propio de la presunta discriminación anticompetitiva realizada por Multimedia, en primer lugar se determinó que se cumplían las tres condiciones básicas para que se pueda aplicar condiciones discriminatorias: (i) Multimedia ostentaba posición de dominio en el mercado relevante, (ii) existía suficiente información en el mercado como para conocer las características de los usuarios y su disponibilidad de pago por los servicios, y (iii) no existía la posibilidad de arbitraje.

En un informe de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión se determinó, a través de una muestra estadística, que algunos usuarios de Multimedia que habían contratado el paquete económico recibían la programación del paquete básico, ello debido a la ausencia de filtros tal como había señalado Boga. Sin embargo, para el CCO esto no era evidencia de que se trataba de acciones generalizadas de Multimedia que demostraran que dicha empresa tuvo un patrón de conducta diferenciado en los distritos donde competía con Boga respecto de aquellos donde no lo hacía. Como prueba adicional, el CCO requirió el porcentaje de filtros instalados por Multimedia para usuarios nuevos de los paquetes económicos desde 1998 hasta el 2001 para un grupo de distritos de NSE C, D, y E en los que competía con Boga y otro grupo similar de distritos en los que no competía, además de un grupo de distritos de NSE A y B donde Multimedia era la única que operaba. Esta información arrojó que los porcentajes de todas

estas zonas eran muy similares, además se demostró que cuando Multimedia enfrentó problemas de stock de filtros, la escasez fue distribuida equitativamente entre todos los distritos donde operaba. Asimismo, se determinó que el número promedio ponderado de filtros reinstalados en los distritos de NSE A y B fue mayor que el de los distritos de NSE C, D y E, pero no se encontró diferencia entre los distritos de NSE C, D y E en los que compite con Boga y aquellos otros distritos en los que no.

Respecto a la discriminación en otras condiciones de pago, luego de analizar el proceso de cobranza y corte de Multimedia, el CCO determinó que el porcentaje promedio de cortes por falta de pago efectuados por Multimedia en el año 2001 en los distritos de NSE C, D y E donde competía con Boga solo era ligeramente menor al porcentaje promedio de cortes correspondiente a los distritos de NSE C, D y E donde las partes no competían. Tampoco se pudo observar menor efectividad en la cobranza en los distritos donde Multimedia competía con Boga, encontrándose incluso que en San Juan de Lurigancho, donde Boga concentraba la mayor parte de sus clientes, la efectividad de la cobranza de Multimedia era mayor. Así, para el CCO no existió evidencia que demostrara que Multimedia haya aplicado condiciones menos exigentes de cobro y corte en las zonas donde competía con Boga.

De otro lado, el CCO tampoco encontró evidencia de que existieran efectos negativos para Boga, el proceso competitivo o los consumidores. Por el contrario, el CCO determinó que, por ejemplo, el número de abonados de Boga creció en mayor proporción que el número de abonados de Multimedia. Asimismo, se determinó que de 4 096 ex abonados de Boga en Comas, San Juan de Lurigancho y el Agustino entre 1998 y 2001, solo el 15.5% pasó a Multimedia. Sobre el daño a los consumidores, el CCO afirmó que la supuesta reducción del precio del paquete básico hasta el nivel del precio del paquete económico no perjudicaba a los consumidores en el corto o mediano plazo, pues se les ofrecería una tarifa menor, y que en el supuesto de que la competencia fuera eliminada en el largo plazo, difícilmente Multimedia podría incrementar sus tarifas, dado que los consumidores de las zonas involucradas tienen mayor elasticidad de la demanda, por lo cual ante un incremento de tarifas migrarían hacia otro proveedor en busca de precios más bajos.

Así, el CCO declaró infundada en todos sus extremos la demanda presentada por Boga contra Multimedia por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y precios predatorios.<sup>115</sup>

### 3.1.3. Ventas Atadas

#### a. Concepto y requisitos

Las ventas atadas son consideradas como un tipo especial de empaquetamiento. Un empaquetamiento es una práctica que consiste en la venta de dos o más bienes

115. Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL del 13 de noviembre de 2002, en la controversia seguida por Boga Comunicaciones S.A. contra Telefónica Multimedia S.A.C. (Exp. 010-2001).

de forma conjunta, como si se tratase de uno solo.<sup>116</sup>

Para definir correctamente una venta atada es necesario tener claro cada uno de los tipos de empaquetamiento que se pueden presentar en un mercado. Así, los empaquetamientos pueden clasificarse como sigue:

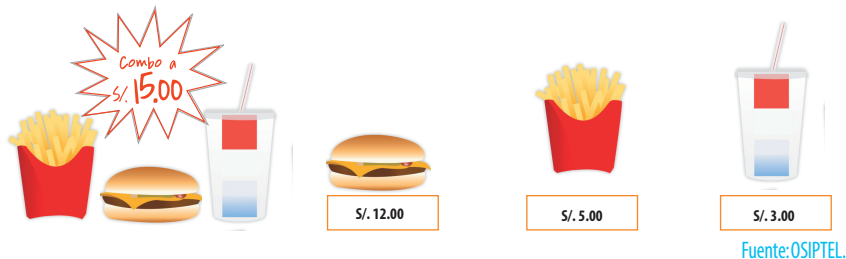
- **Empaquetamiento Puro:** Este tipo de empaquetamiento ocurre cuando la venta de dos o más bienes o servicios se efectúa únicamente de forma conjunta, no existiendo la posibilidad de adquirir cada uno de los elementos de forma separada. Un ejemplo de este tipo de empaquetamiento sería un local de comida rápida que solo vende combos de hamburguesas a un precio determinado



Fuente: OSIPTEL.

- **Empaquetamiento Mixto:** Esta es la forma más popular de empaquetamiento. Esta forma de comercialización ocurre cuando la venta de dos o más bienes o servicios se produce tanto de forma conjunta como de forma individual. Generalmente, el precio de un paquete de productos ( $P_p$ ) implica un descuento sobre el precio de los productos vendidos por separado ( $P_a, P_b, \dots, P_x$ ); es decir:  $P_p < P_a + P_b + \dots + P_x$ . Un ejemplo de este tipo de empaquetamiento sería aquel aplicado por un restaurante de comida rápida que vende gaseosa, hamburguesa y papas fritas de forma individual, pero que ofrece un paquete con estos tres productos a un precio con descuento.

116. O' DONOGHUE, R. y PADILLA, J. The Law and Economics of Article 82. Hart Publishing: Oxford, 2006, pág. 477.



• **Venta atada:** Las ventas atadas combinan características tanto de los empaquetamientos puros como de los empaquetamientos mixtos. En una venta atada uno de los componentes puede ser adquirido de forma individual, mientras que el otro solo puede ser adquirido de forma empaquetada. Así, una venta atada ocurre cuando la venta del bien A (el producto atante) se condiciona a la compra del bien B (producto atado), mientras que también se puede comprar el bien B de forma individual. Un ejemplo de este tipo de empaquetamiento sería aquel en el que un restaurante de comida rápida vende una hamburguesa sola y un combo de hamburguesa con papas fritas y gaseosa, pero no vende ni la gaseosa y las papas fritas de forma individual, o como paquete de complementos.



En general, las ventas atadas no son sancionadas *per se*; sin embargo, debido a que podrían tener efectos negativos, diversas autoridades de competencia en el mundo han investigado y sancionado este tipo de casos. De acuerdo con Tirole,<sup>117</sup> existen dos razones por las que una empresa tendría un comportamiento anticompetitivo cuando realiza una venta atada. Esta puede estar tratando de monopolizar el mercado competitivo del producto atado (bien B), o puede querer proteger su posición monopólica en un segmento monopólico del producto atante (bien A). Un ejemplo respecto a este último caso, sería una empresa que es dominante en el mercado de tablets que podría atar este producto a la compra de smartphones, de esta manera buscaría debilitar a sus competidores en el mercado de smartphones

117. TIROLE, Jean (2005). "The Analysis of Tying Cases: A Primer". *Competition Policy International*, Volumen 1 | Número 1, Primavera de 2005, págs. 17-19.

para que estos no crezcan y terminen entrando al mercado de tablets, amenazando su posición monopólica en este último mercado. Asimismo, cuando una empresa ya ostenta poder de mercado en el bien atado (B), esta tendría los incentivos para proteger dicho poder de mercado cuando se ve amenazada por la competencia. Un ejemplo de esto sería una empresa que es dominante en el mercado de tablets al igual que en el mercado de smartphones, la cual podría atar la venta de tablets a la adquisición de smartphones; así, con un mercado de tablets creciente, a través de la atadura la empresa protegería su dominio sobre el mercado de smartphones.

En el Perú las ventas atadas y los empaquetamientos puros se encuentran tipificados en el literal b) del artículo 10.2° de la LRCA, según el cual, considerando el elemento de coerción de dicha práctica, se considera como abuso de posición de dominio en el mercado “la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.

Los empaquetamientos mixtos también podrían ser considerados anticompetitivos, en caso lleguen a constituir ventas atadas implícitas. En ese supuesto, si bien no se presentaría una obligación contractual de compra conjunta, se podría establecer una estructura tarifaria que elimine los incentivos para la compra de los productos de forma separada, haciendo que la compra empaquetada sea una opción superior. Así, por ejemplo, si en esta estructura tarifaria, la compra de un solo producto de forma individual representa un costo mayor a la compra de dos productos empaquetados, la compra individual sería irracional. De otro lado, las tarifas para la compra conjunta de dos o más servicios en un empaquetamiento mixto pueden encubrir subsidios cruzados o precios predatorios, con un efecto anticompetitivo.

Las ventas atadas, y en general los empaquetamientos, solo tienen efectos anticompetitivos cuando: (i) son realizados por un operador con posición de dominio en el mercado relevante del bien atado, (ii) se realiza sobre bienes diferentes desde el punto de vista de la demanda; es decir, que tiene demandas individuales cuando son vendidos por separados, (iii) no cuentan con justificaciones razonables, ya sea de calidad, tecnológicas, de eficiencia, seguridad, etc., y (iv) muestran el intento de restringir la competencia en algún mercado generándose efectos de exclusión (ya sea del bien atado o del bien atado). Las ventas atadas al ser consideradas como prácticas de abuso de posición de dominio se consideran prohibiciones relativas y deben ser analizadas bajo la regla de la razón.

En la industria de telecomunicaciones peruana, el OSIPTEL ha investigado y sancionado un caso de venta atada.

## **b. Controversias**

### **b.1. De oficio contra Telefónica**

Esta controversia fue iniciada de oficio por el OSIPTEL, al observar que desde el



año 2001, Telefónica vendía su servicio de acceso a Internet mediante la tecnología ADSL<sup>118</sup> solo a aquellos usuarios que contaran con su servicio de telefonía fija, o que lo adquirieran al contratar el acceso a Internet. Tanto en la oferta comercial como en los canales de comercialización y los contratos se observó que se obligaba a los usuarios para que el servicio de acceso a Internet sea adquirido junto al servicio de telefonía fija de Telefónica. Por su parte, el servicio telefónico fijo sí era vendido de forma individual.

De esta manera, la estrategia comercial desplegada por Telefónica constituía una venta atada en los términos definidos en la subsección precedente. En ese sentido, considerando que se trata de una prohibición relativa, el CCO analizó esta supuesta venta atada a través de la regla de la razón para lo cual era necesario determinar si, además de comprobarse que la práctica realmente existía, la misma tenía efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor superiores a los beneficios que podía haber generado.

Al haberse comprobado que la venta atada efectivamente existía, era necesario determinar si Telefónica tenía posición de dominio en el mercado relevante relacionado al bien atante, en este caso, el acceso a internet. Para ello, debía determinarse primero el mercado relevante.

Para el análisis del mercado relevante en su dimensión de producto se partió del acceso a internet por ADSL, buscándose sustitutos adecuados para los usuarios. Es decir, debían buscarse tecnologías que permitan satisfacer la misma necesidad que cubría la tecnología ADSL sin disminuir el bienestar de los usuarios. El CCO determinó que la tecnología más cercana al ADSL en el Perú era la tecnología conocida como cable módem, la cual permite satisfacer la misma necesidad de acceso a internet, tiene descargas ilimitadas, velocidades y precios similares así como un importante crecimiento en los últimos años. Asimismo, se descartaron otras tecnologías porque tenían poca penetración, descargas limitadas, poca cobertura, planes más caros, y velocidades más bajas.<sup>119</sup> En ese sentido, el mercado relevante de producto se definió como aquel de acceso a Internet a través de las tecnologías ADSL y Cable Modem.<sup>120</sup>

En su dimensión geográfica, el mercado relevante estaba conformado por todos los distritos a nivel nacional que tenían cobertura del servicio de acceso a internet por ADSL y/o Cable Modem. Así, el CCO determinó que el mercado relevante aplicable a la controversia era el de provisión del servicio de Internet por ADSL y cable módem a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales, en los 380 distritos a nivel nacional en los que existe cobertura de este servicio.

Luego, para determinar la posición de dominio de Telefónica en el mercado relevante se analizó tanto la participación de mercado de Telefónica, así como la concentración y la existencia de barreras a la entrada. Respecto a la participación y concentración se observó que Telefónica era único proveedor de Internet en 322 dis-

118. Línea de abonado digital asimétrica, ADSL (sigla del inglés Asymmetric Digital Subscriber Line). Esta tecnología permite acceder a internet a través de las redes tradicionales de cobre utilizadas para brindar el servicio de telefonía fija.

119. Entre las tecnologías más importantes que se descartaron fueron: Banda Ancha Móvil, VSAT, Wi Max, líneas dedicadas, etc. La principal objeción de Telefónica con respecto al mercado relevante era la no inclusión de la Banda Ancha Móvil como sustituto del ADSL. Sin embargo, el CCO coincidió con la Secretaría Técnica al afirmar que la Banda Ancha Móvil no podía ser considerada como sustituta del ADSL debido a que: (i) la Banda Ancha Móvil tiene tope consumo, medidos en MB o GB de descargas al mes. Esto es contrario a los planes de acceso a internet a través de ADSL, en los cuales las descargas son ilimitadas; (ii) al existir estos tope de consumo en los planes de Banda Ancha Móvil, el usuario podía dejar de usar el servicio o adquirir paquetes adicionales de descarga. Cualquiera de estas alternativas generaba una disminución en el bienestar del usuario, ya sea porque dejaba de usar el servicio, o porque tenía que incurrir en gastos adicionales a los de su plan, los cuales incluso pueden resultar ser mayores a los gastos que se realizan al adquirir un plan de acceso a internet por ADSL con velocidades equivalentes; (iii) los operadores que ofrecen servicios de acceso a internet fijo y móvil (América Móvil S.A.C. y el Grupo Telefónica) tiene ofertas que fomentan la complementariedad del internet fijo y la banda ancha móvil, ya que ofrecen importantes descuentos por el servicio de Banda Ancha Móvil para aquellos usuarios que ya tienen internet fijo (ya sea por ADSL o por cable módem).

120. Esta es una tecnología que permite acceder a internet a través de las redes de televisión por cable.

tritos, es decir, en el 84.7% del total del mercado. Además, al realizarse la desagregación por departamentos se observó que la participación de Telefónica oscilaba entre el 84% y el 100%, y en promedio era de 92%, siendo el índice de concentración HHI (Herfindahl-Hirschman Index) superior a 8,500, evidenciando un mercado muy concentrado. Respecto a las barreras a la entrada, se observaron tanto barreras estructurales favorables a Telefónica (propiedad del bucle de abonado, economías de red, amplia base de clientes, integración vertical y horizontal) como barreras estratégicas (ventas empaquetadas y tarifa plana on-net en telefonía fija). En consecuencia, la conclusión del CCO fue que Telefónica tenía posición de dominio en el mercado relevante.

En relación con la práctica de la venta atada en sí misma, el CCO observó que la estrategia de coerción de Telefónica se vio afianzada con las tarifas de las ofertas empaquetadas que lanzó a partir del año 2007. En el expediente se analizó que Telefónica ofrecía paquetes de servicios que incluyen el acceso a internet, telefonía fija y televisión por cable a precios inferiores a los del servicio de internet solo.<sup>121</sup> En ese sentido, las tarifas hacían que para cualquier usuario sea más barato comprar un paquete de servicios que comprar el acceso a internet de forma individual, aunque solo necesitara este último servicio.

El CCO pudo advertir también que la práctica de venta atada realizada por Telefónica tenía efectos negativos para la competencia en el servicio de telefonía fija. Efectivamente, se comprobó que a partir del 2009, el vínculo entre el servicio de acceso a internet y el servicio telefónico estaba deteniendo la caída del número de líneas de telefonía fija de Telefónica que había empezado en el 2007, a costa del crecimiento de sus competidores. Así, a consecuencia de la atadura se generaba una demanda artificial por la telefonía fija de Telefónica, lo cual limitaba el crecimiento de los competidores.

El CCO en su análisis no encontró justificaciones técnicas o tecnológicas, ni legales, ni económicas, para que Telefónica ate la venta del servicio de acceso a internet a la adquisición de su servicio de telefonía fija. El CCO señaló además que no existen justificaciones técnicas para la venta atada, ya que la tecnología ADSL ofrece la posibilidad de que tanto los servicios de voz como los de datos funcionen independientemente, ya que ambos utilizan distintas frecuencias. Asimismo, para el CCO la venta atada no se justificaba en el hecho de que el servicio de acceso a internet sea un servicio de valor añadido, ya que no existe ninguna restricción normativa que imponga su venta conjunta con los servicios portadores o finales sobre los que se soportan, observándose la existencia de empresas que comercializan los servicios de acceso a internet de forma individual. Respecto a las justificaciones económicas, el CCO determinó que si bien la venta conjunta generaba eficiencia gracias a las economías de ámbito, estas solo se presentaban cuando un usuario demandaba ambos servicios al mismo operador, pero no existían cuando el usuario que-

121. Cabe destacar que Telefónica no comercializa paquetes que incluyan los servicios de acceso a internet y televisión de paga.

ría solo el servicio de acceso a internet, por lo cual no existían justificaciones económicas para la venta atada.

Cabe destacar que otro argumento que señalaba Telefónica para justificar la licitud de la práctica cuestionada era que había recibido la aprobación de sus contratos de abonado por parte del OSIPTEL. Sin embargo, luego de analizar las cartas en las que Telefónica ponía en conocimiento del OSIPTEL sus contratos de abonado, y las cartas de aprobación del OSIPTEL, el CCO observó que ambas partes se referían exclusivamente al cumplimiento de la normativa de usuarios, y no existía ningún análisis de competencia de por medio. En ese sentido, el Cuerpo Colegiado descartó este argumento de Telefónica.

Finalmente, el CCO decidió sancionar a Telefónica con una multa ascendente a 492.21 UIT y dictó una medida correctiva que consistía en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de “Internet ADSL solo”, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios. Además, se dio un plazo de tres meses para que Telefónica informe a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con el de telefonía fija.<sup>122</sup>

Telefónica apeló la resolución ante el TSC que, en segunda instancia, confirmó la resolución del CCO. Cabe destacar que el Tribunal redujo el mercado relevante que había determinado el Cuerpo Colegiado, dejando el mercado de producto conformado solo por la tecnología ADSL<sup>123</sup>; además, el TSC separó el mercado geográfico en Lima y en el resto del país debido a que en Lima Telefónica enfrenta mayor competencia, mientras que su presencia en provincias era casi monopólica. Por otra parte, el TSC redujo la multa a 407 UIT y amplió el plazo para cumplir con la medida correctiva, pasando de 3 a 7 meses.<sup>124</sup>

### 3.1.4. Acuerdos de exclusividad

#### a. Concepto y Requisitos

En este tipo se sanciona aquellos acuerdos establecidos, impuestos o sugeridos por un agente económico con posición de dominio a otros agentes que operan en distintos niveles de la cadena de distribución. El objeto de tales acuerdos es impedir que los agentes económicos (de un distinto nivel de la cadena) puedan comprar, vender o revender bienes o servicios, o en general, entablar relaciones comerciales con un competidor.

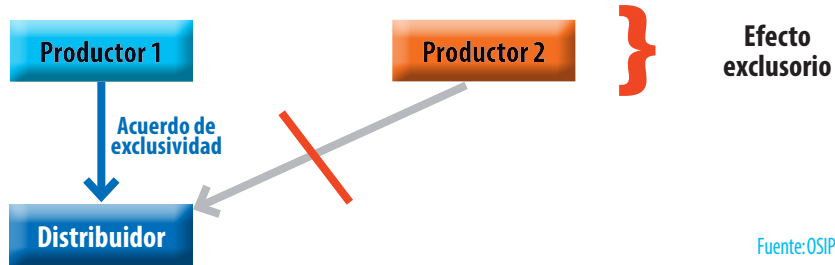
Al hacerse referencia a diferentes niveles de la cadena de distribución, se debe distinguir entre un nivel “aguas arriba” (o upstream) relacionada con la elaboración o provisión de productos o servicios que sirven de insumos a la siguiente etapa deno-

122. Resolución N° 017-2012-CCO/ OSIPTEL del 20 de julio de 2012, en la controversia seguida de Oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 005-2011).

123. La tecnología cable módem fue descartada del mercado relevante debido a condiciones de oferta que a criterio del Tribunal no permitirían que se convierta en un buen competidor del ADSL. De manera particular, el Tribunal señaló que Claro, principal ofertante de acceso a internet mediante la tecnología Cable Modem, enfrentaba importantes problemas de cobertura y dificultades para expandir su red.

124. Resolución N° 004-2013-TSC/ OSIPTEL del 31 de enero de 2013, en la controversia seguida de Oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 005-2011).

minada “aguas abajo” (o downstream). Así, en la última etapa de la cadena, se encontraría la provisión o venta de estos productos o servicios a los consumidores finales.

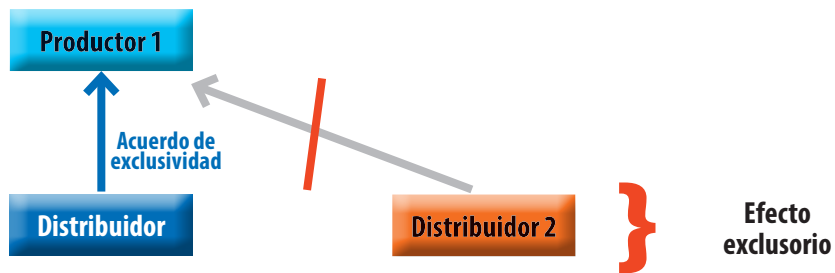


125. Artículo 2, inciso 14, y artículo 62 de la Constitución Política del Perú.

126. El Tribunal Constitucional (TC), en el recurso de agravio constitucional interpuesto por Ferretería Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L (Dino), determinó que la Resolución emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI en la que se sancionó a la empresa Dino por abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad, no vulneró el derecho a la libertad contractual del recurrente, en la medida que los contratos que son contrarios a Ley no son protegidos por el marco constitucional, es decir, únicamente se protege la libertad contractual que es ejercida válidamente, esto es, los contratos con fines lícitos y que no contravienen las normas de orden público. Además, el TC señaló que los derechos y libertades que la Constitución reconoce tienen límites, por lo que su ejercicio legítimo viene delimitado por el pleno respeto de los principios y bienes constitucionales, pero también de los derechos fundamentales de las personas. Los derechos y libertades económicas, como la libertad contractual, no están exentas, en modo alguno, de la plena observancia de tales principios, bienes y derechos fundamentales (Expediente N° 1963-2006-PA/TC).

Fuente: OSIPTEL.

Como se puede apreciar en el gráfico precedente, el acuerdo de exclusividad genera, por ejemplo, que un productor competidor no pueda vender sus productos a un distribuidor, de manera tal que solo el productor dominante se ve beneficiado con las ventas a dicho distribuidor. El efecto exclusivo en este caso se produce en el mercado aguas arriba. Lo mismo podría ocurrir si es que un distribuidor dominante exigiera a los productores que solo le vendan sus productos, excluyendo a los demás distribuidores del mercado. En ese caso, el efecto exclusivo se produce en el mercado aguas abajo.



Fuente: OSIPTEL.

En principio, los acuerdos a los que puedan llegar dos o más agentes económicos están permitidos en virtud a la libertad contractual que les faculta a decidir las reglas o condiciones que regirán su relación contractual<sup>125</sup>. No obstante, tal derecho no es absoluto ni irrestricto sino que debe ejercerse en armonía con otros principios.<sup>126</sup> Así, uno de los límites al derecho a la libre contratación son las normas que

se encargan de velar por la libre competencia.<sup>127</sup>

Al igual que los otros supuestos de abuso de posición de dominio, la imposición o establecimiento de acuerdos de exclusividad serán analizados bajo la regla de la razón, por lo que será necesario considerar tanto los efectos positivos<sup>128</sup> como los efectos negativos<sup>129</sup> que pueden producir en el mercado.

De esta forma se considerará que un agente económico con posición de dominio en un determinado mercado abusa de tal condición cuando, a través de los contratos impuestos a los otros involucrados, puede restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios para sí y perjudicando a sus competidores reales o potenciales.

## b. Controversias

### b.1. Tele Cable contra Telefónica y otros

La presente controversia enfrentó a Tele Cable S.A. (Telecable), empresa operadora del servicio de televisión por cable, quien denunció a Telefónica y a su operadora de cable Multimedia, que prestaba este servicio a través de su marca Cable Mágico, por la presunta comisión de acuerdos de exclusividad contraria al DL 701.<sup>130</sup> La conducta denunciada consistía en que desde al año 1996, Telefónica habría venido promoviendo acuerdos de exclusividad con distintos canales para limitar fuentes de aprovisionamiento esenciales para los operadores de televisión por cable competidores que prestaban este servicio en la ciudad de Lima.

Así, entre las empresas con las que Multimedia habría celebrado un acuerdo de exclusividad se encontraban Turner Broadcasting System Latin America, Inc (Turner) y Fox Latin América Channel, Inc. (Fox). Ambas empresas, según Telecable, mantenían el control de la programación considerada más importante por los consumidores de televisión por cable, es decir, canales que constituían insumos esenciales para el funcionamiento de este mercado.

Además, Telecable señaló que la conducta adoptada por la denunciada no solo era perjudicial para ella sino también para todos los -actuales y potenciales- competidores debido a que se les impedía acceder a insumos esenciales para competir en el mercado. Por estas razones, durante el desarrollo del procedimiento se incluyó como tercero a la Asociación Peruana de Televisión por Cable (APTIC), que era una asociación sin fines de lucro que agrupaba a todas aquellas personas que se encargaban de prestar el servicio de televisión por cable y a Turner, cuya actividad principal era la comercialización de sus señales de programación (CNN Internacional, CNN en Español, Cartoon Network-Latin America, TNT, CNN Financial, entre otras) a distintos operadores de televisión por cable.

Como parte de su defensa, Multimedia señaló que los contratos de exclusividad no contravenían las normas de orden público. Además, argumentó que dichos

127. Normas que se encuentran reguladas en la LRCA.

128. Entre los efectos positivos que se pueden generar en el mercado está el fomento de la competencia en aspectos distintos de los precios, apertura de nuevos mercados, eliminación del free-riding, entre otros.

129. Por el lado de los efectos negativos están el cierre del mercado, la reducción de la competencia inter marca e intra marcas, obstáculos en la integración del mercado, entre otros.

130. Decreto Legislativo 701 Artículo 5.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio:  
(...)

f) Otros casos de efecto equivalente.

Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Son prácticas restrictivas de la libre competencia:  
(...)

j) Otros casos de efecto equivalente.

acuerdos, principalmente los celebrados con Turner y Fox, constituían un elemento diferenciador y eran beneficiosos para el mercado en la medida que le permitían reducir sus costos de transacción y administrativos derivados de las continuas negociaciones con los titulares de las licencias para la renovación de los contratos, lo cual finalmente era beneficioso para sus clientes porque se les podía brindar un servicio más eficiente.

Por su parte, Turner contradujo la demanda señalando, entre otros, que no había conspirado con los otros involucrados para afectar la competencia sino que dicho contrato era resultado de una negociación cuyo propósito era conseguir la eficiencia empresarial<sup>131</sup> para ambos integrantes del acuerdo. Además, justificó su negativa a celebrar contratos con Telecable, porque este se había retrasado- en distintas oportunidades- con los pagos acordados. Por otro lado, negó que tuviese posición de dominio en el mercado de contenido de señales recalando que una prueba de ello era que Boga Comunicaciones, operadora de televisión por cable, pudo expandir su participación en el mercado con gran éxito, pese a que habría prescindido voluntariamente de sus señales.

Al haberse comprobado que los contratos de exclusividad efectivamente existían, y teniendo en cuenta que esta práctica no estaba regulada expresamente en el DL 701, el CCO a cargo de la controversia en principio se encargó de analizar si esta conducta podía encajar como una modalidad de abuso de posición de dominio o como una restricción vertical. Al respecto, el CCO consideró que antes de ello era necesario determinar si uno de los involucrados (Multimedia, Turner o Fox) tenía posición de dominio en el mercado relevante.

Para la delimitación del mercado relevante en su dimensión de producto se partió del servicio de televisión por cable alámbrico, buscándose sustitutos adecuados para ello. El CCO determinó que los usuarios de este servicio solo consideraban como sustitutos a los servicios de otras empresas de cable alámbrico que ofrecían una programación con canales de similar aceptación que aquellos con los que contaba Multimedia. En ese sentido, se determinó que el servicio de televisión de cable alámbrico con las características ofrecidas por Multimedia, carecía de sustitutos cercanos.<sup>132</sup>

En su dimensión geográfica, el mercado relevante estaba conformado por los distritos de la ciudad de Lima y el Callao. Dentro de dicho espacio geográfico se identificaron la existencia de dos grupos de mercados geográficos relevantes: uno determinado por aquellos distritos donde predominaban los perfiles de los niveles socioeconómicos (NSE) A, B1 y B2<sup>133</sup>; y otro, donde predominaban los perfiles de los NSEC1, C2, D y E. El CCO concluyó que el mercado relevante aplicable a la controversia estaba conformado por dos grupos: el primero, el servicio de televisión por cable en la modalidad alámbrico que ofrecían una programación con canales de similar aceptación que aquellos con los que contaba Multimedia en los NSE A, B1 y B2; y el segundo, el servicio de televisión por cable en la modalidad alámbrico que

131. Para Turner tal acuerdo implicaba reducir sus costos de distribución y obtener un mejor pago por sus servicios. Además, Multimedia colaboraría en hacer más conocida sus señales y la calidad de sus productos en el Perú, además de asegurar la inversión en sus marcas.

132. Se descartó el servicio de televisión por cable a través de las modalidades MMDS, LMDS y satelital porque implicaban el pago de mayores tarifas para los usuarios. También se descartó a la televisión de señal abierta porque no ofrecía la misma cantidad de canales que el servicio de televisión por cable alámbrico.

133. San Luis, Jesús María, Lince, Magdalena, Miraflores, Pueblo Libre, San Isidro, San Miguel, Surquillo, La Molina, San Borja, Santiago de Surco, Bellavista, La Punta.

ofrecían una programación con canales de similar aceptación que aquellos con los que contaba Multimedia en los NSE C1, C2, D y E.<sup>134</sup>

Luego, para determinar la posición de dominio de Multimedia en el mercado relevante se analizó tanto su participación en el mercado, como la concentración y la existencia de barreras a la entrada. Se observó que su participación en el primer grupo de mercado relevante superaba el 90% y en el segundo grupo superaba el 85%. Además en ambos grupos, el índice de concentración HHI era superior a 0.80 y el índice de dominancia superior a 0.98, evidenciándose un mercado altamente concentrado. Respecto a las barreras de entrada, se observaron barreras naturales (economía de escala) y barreras estratégicas (diferenciación de producto). En consecuencia, el CCO concluyó que Multimedia tenía posición de dominio en el mercado relevante.

Una de las justificaciones de Multimedia y Turner para la celebración de los acuerdos de exclusividad fue la eliminación del *free-riding*<sup>135</sup>, lo que habría permitido a Multimedia introducir el canal CNN Financial Network a la parrilla de canales de cable que ofrecía a sus usuarios. El CCO consideró como válida esta justificación<sup>136</sup>; sin embargo señaló que el contrato no solo le permitía transmitir en exclusiva el referido canal sino también los canales “Fox”, “Fox Sports”, “Fox Kids”, “CNN International”, “CNN en Español”, “Cartoon Network-Latin America” y “Turner Network Television-Latin America, los cuales se venían transmitiendo varios años atrás por diversas empresas y gozaban de gran preferencia por los usuarios. En tal sentido, el CCO determinó que la celebración de los acuerdos de exclusividad no se justificaba en la medida que los canales que ya eran conocidos por los usuarios desde varios años atrás no requerían inversiones en publicidad o marketing.

El CCO también descartó los argumentos de que se podría generar incentivos para que las empresas programadoras creen nuevos canales y los mayores beneficios que se generarían para los usuarios al emitirse publicidad de los programas considerándose específicamente el horario del Perú. El CCO señaló que tales justificaciones no se habían acreditado y que no existían efectos positivos en el mercado generado por los acuerdos en análisis.

Por otro lado, el CCO pudo advertir que los acuerdos de exclusividad tuvieron efectos negativos –reales y potenciales- para la competencia y para el bienestar de los consumidores toda vez que los canales que transmitía Multimedia en exclusiva gozaban de la preferencia de los usuarios. Así, se generó la reducción de los niveles de competencia y se detuvo el crecimiento de sus competidores.<sup>137</sup> Asimismo, tales acuerdos constituían una barrera a la entrada del mercado por el incremento considerable de los costos que tenían que asumir los competidores que ya se encontraban en él y los que potencialmente querían ingresar a este mercado.

El CCO precisó que ninguno de los canales motivo de la controversia, por sí solos, implicaban la generación de efectos anticompetitivos; no obstante, debido a que los

134. Los Olivos, San Martín de Porres, Ate, El Agustino, San Juan de Lurigancho, Santa Anita, Breña, Cercado de Lima, La Victoria, Rimac, Barranco, Chorrillos, San Juan de Miraflores, Villa El Salvador, Villa María del Triunfo, Callao, Carmen de la Legua, La Perla, Ventanilla.

135. Así, por ejemplo, cuando una operadora de televisión por cable desea introducir un nuevo canal dentro de su paquete de programación – probablemente- deberá realizar inversiones en marketing y publicidad con la finalidad de que sus suscriptores puedan conocer las características de dicho canal y atraer a nuevos suscriptores. No obstante, las empresas competidoras también podrían beneficiarse de esta inversión e incluso podrían ofrecer menores tarifas – ya que no incurren en los costos de publicidad en los que sí incurre la otra empresa-, lo cual podría redundar en que los nuevos suscriptores decidan utilizar los servicios de las empresas competidoras que no realizaron las inversiones.

136. No obstante, se dejó constancia de que no se había acreditado fehacientemente las supuestas inversiones realizadas en publicidad que permitieron introducir el referido canal.

137. También se podían ver afectados indirectamente los mercados de servicio de telefonía fija local o de servicios de internet.

convenios implicaban la transmisión de ocho canales, muchos de los cuales eran de alta preferencia por los usuarios, ello sí generaba efectos negativos en la competencia.

Finalmente, el CCO concluyó que los contratos de exclusividad materia de análisis constituían infracciones a los incisos f) y j) de los artículos 5° y 6°, respectivamente, del DL 701, por lo que Multimedia había incurrido en una conducta considerada como práctica restrictiva (vertical) y, a la vez, como un abuso de posición de dominio en el mercado. Se le ordenó como medida correctiva dejar sin efecto todas aquellas cláusulas contenidas en los contratos vigentes con Fox y Turner que de manera directa o indirecta implicasen el otorgamiento de exclusividades en la transmisión y/o distribución de dicha programación y/o señales.<sup>138</sup>

En dicha oportunidad, el CCO analizó y sancionó esta controversia tanto como una práctica restrictiva vertical y como una modalidad de abuso de posición de dominio. No obstante, como se verá más adelante, la jurisprudencia del Osiptel variará, impidiendo la sanción de una misma conducta bajo dos tipos infractores (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias verticales).

## **b.2. Red de Comunicaciones Digitales contra Televisión San Martín y otros**

Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. (Redcom), empresa encargada de la distribución de televisión por cable en todo el territorio del Perú, denunció a Televisión San Martín S.A.C (TV Sam), empresa de distribución de televisión por cable, y a Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L. (Sonora), empresa de difusión de televisión de señal abierta en el distrito de Tarapoto. La conducta denunciada consistía en que TV Sam y Sonora habían celebrado un acuerdo de exclusividad por el cual el contenido del canal de televisión de esta última solo podía ser retransmitido en la parrilla de canales de cable que ofrecía TV Sam a sus usuarios. Esta conducta, según Redcom, constituía un abuso de posición de dominio<sup>139</sup> y una práctica colusoria vertical.<sup>140</sup>

Como parte de su defensa, TV Sam señaló que los contratos de exclusividad eran legítimos en virtud de su libertad contractual. Además, indicó que como resultado de estos contratos se había podido implementar paquetes tecnológicos innovadores en las señales de Sonora, y que estos beneficios no podían ser ofrecidos por otras operadoras.

Por su parte, Sonora sustentó su defensa señalando que pese a haber solicitado a Redcom en más de una oportunidad que suspenda la retransmisión de sus señales, este continuaba haciéndolo. Asimismo, señaló que las razones para celebrar tal contrato fueron de índole comercial, para impulsar la eficiencia empresarial que finalmente beneficiaría a los usuarios y para proteger sus derechos de autor. Finalmente, Sonora señaló que no se había realizado un adecuado análisis de la posición de dominio de TV Sam ni del mercado relevante.

En el Informe Instructivo de la STCCO se concluyó, entre otros, que el canal local más visto era Sonora y se pudo determinar que su programación constituía para los usuarios un elemento esencial y determinante para la elección del operador a con-

138. Resolución N° 062-CCO-2000 del 21 de diciembre del 2000, emitida en la controversia Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A y Telefónica Multimedia S.A.C. (Exp. 006-99).

139. Abuso de posición de dominio por parte de TV Sam en la modalidad de acuerdos de exclusividad, infracción tipificada en el literal e) del numeral 2 del artículo 10 del DL1034.

140. Prácticas colusorias verticales de Sonora y TV Sam en la modalidad de acuerdos de exclusividad, infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 12 del DL1034.



tratar en el mercado de televisión por cable en Tarapoto, de tal forma que si en el caso hipotético de que las operadoras de cable dejaran de transmitir esta señal, un grupo considerable de usuarios optaría por cambiar de operador.<sup>141</sup>

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia analizó la conducta como una modalidad de abuso de posición de dominio y no como una práctica colusoria vertical debido a que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se determinó que este acuerdo había sido impuesto por TV Sam a ciertas empresas importantes que prestaban el servicio de televisión abierta.

Una vez que el CCO determinó que la conducta iba a ser evaluada desde la perspectiva de las prácticas de abuso de posición de dominio, se procedió a realizar el análisis del mercado relevante. En lo que respecta al mercado de producto, se partió del servicio de televisión por cable alámbrico, buscándose sustitutos adecuados, es decir, servicios que ofrecieran no solo la misma calidad y características físicas o técnicas, sino también precios similares.<sup>142</sup>

El CCO determinó que la tecnología más cercana al cable alámbrico era el satelital, el cual permitía satisfacer la misma necesidad, y presentaba similitudes en precios y calidad, además que ofrecía canales atractivos, y mostraba un importante crecimiento en el número de suscriptores en los últimos años, de manera similar a lo que había sucedido con la televisión por cable alámbrico. Se descartó el servicio de televisión abierta porque no ofrecía la misma variedad ni calidad de contenidos. En ese sentido, el mercado de producto relevante era el servicio de televisión por cable en las modalidades alámbrico y satelital.

En su dimensión geográfica, el mercado relevante estaba conformado por la ciudad de Tarapoto y los distritos de Morales y Banda de Shilcayo. Para ello, se tuvo en consideración la sustituibilidad por el lado de la oferta. El CCO estimó que era factible que las operadoras que ofrecían sus servicios en los distritos aledaños de Morales y Banda de Shilcayo pudiesen expandir sus operaciones para prestar también sus servicios en Tarapoto, en tanto era un mercado atractivo. Ello puesto que Tarapoto presentaba una densidad poblacional y un porcentaje de tenencia de televisores superior a la de los otros distritos, lo que podía reportarles mayores beneficios. En consecuencia, el mercado relevante quedó delimitado como el servicio de televisión por cable en las modalidades satelital y alámbrico, en los distritos de Tarapoto, Morales y Banda de Shilcayo.

Luego, para determinar la posición de dominio de TV Sam<sup>143</sup> en el mercado relevante se analizó tanto su participación en el mercado, así como la concentración y la existencia de barreras a la entrada. Se observó que su participación en el mercado investigado era del 70% y el índice de concentración HHI de 5000, evidenciándose un mercado altamente concentrado. Respecto a las barreras de entrada, se observaron barreras estructurales (economía de escala, inversiones hundidas) y principalmente barreras estratégicas (acaparamiento de los contenidos locales de mayor preferencia). El CCO concluyó que TV Sam tenía posición de dominio en el mercado relevante.

141. Adicionalmente se contrató a la consultora CPI para que realice un estudio de mercado en Tarapoto.

142. El nivel comercial en el que se investigó la práctica fue el mercado minorista, sin diferenciar los suscriptores residenciales de los corporativos.

143. Se evaluó la posición de dominio conjuntamente con la de Cable Móvil, en la medida que a la fecha de la realización de la conducta ambas eran un solo agente económico.

144. Informe de la Compañía Peruana de Estudios de Mercados y Opinión Pública S.A.C. (CPI), que se contrató con el objetivo de tener mayor información respecto a (i) información específica respecto de los mercados de Televisión de Señal Abierta y Televisión por Cable en Tarapoto; (ii) una medición de audiencia en el distrito de Tarapoto; (iii) la percepción de la población respecto al servicio Televisión por Cable y de Televisión por Señal Abierta; y, (iv) las reacciones de la población ante escenarios hipotéticos.

145. Si bien en dicho periodo TV Sam habría reducido sus tarifas, se determinó que los efectos negativos sobre la competencia se habrían producido principalmente por la estrategia de la realización de contratos de exclusividad.

146. Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del 8 de marzo del 2013, emitida en la controversia iniciada por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C y otros (Exp. 006-2011-CCO-ST/LC).

147. Resolución N° 007-2013-TSC/OSIPTEL del 2 de julio del 2013, emitida en la controversia iniciada por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C y otros (Exp. 006-2011-CCO-ST/LC).

En relación a la práctica de exclusividad en sí misma, el CCO observó que los canales locales objeto de los contratos de exclusividad gozaban de gran preferencia por los usuarios. Así, los canales locales, principalmente Sonora y Vía TV, resultaban un insumo importante para las empresas de televisión por cable que operaban en Tarapoto, debido a que eran un factor decisivo en la elección de los usuarios. Además, el CCO determinó que pese a que los canales de la exclusividad eran de señal abierta, a los usuarios que contaban con el servicio de cable no les resultaba práctico cambiar las conexiones cada vez que querían ver un canal de señal abierta que no estuviese en la parrilla de su operadora de cable. Por ello, la mayoría de los usuarios, como primera opción, prescindiría de los servicios del operador que dejase de brindarles contenido local para contratar con otro que sí ofreciera estas señales.<sup>144</sup>

Pese a que TV Sam alegó que la firma del contrato de exclusividad con Sonora se justificaba por el incremento de la cobertura de señal abierta, la inversión en publicidad y marketing para promocionar a Sonora y la implementación de paquetes tecnológicos, el CCO consideró que tales justificaciones no se habían acreditado y que no existían efectos positivos en el mercado generado por los acuerdos en análisis.

Por el contrario, el CCO pudo advertir que la práctica de exclusividad impuesta por TV Sam tenía efectos negativos -reales y potenciales- para la competencia, toda vez que desde el periodo en que se hizo efectiva la exclusividad se había detenido el crecimiento de sus competidores.<sup>145</sup> Asimismo, se generaba un efecto restrictivo potencial respecto del porcentaje de personas que tenían televisor pero no contaban con el servicio de Televisión por Cable, y que podrían optar por suscribirse a la operadora que tenía contratos de exclusividad con las televisoras locales.

Adicionalmente, entre los efectos negativos para los consumidores, se advirtió la limitación en el acceso al contenido de Sonora respecto de los usuarios que contrataron con una operadora distinta a TV Sam. Otros efectos potenciales negativos para los consumidores evaluados fueron: la menor variedad de operadoras que prestaban este servicio como consecuencia de la reducción de la competencia, al igual que el potencial incremento de tarifas por el dominante y la estandarización de los contenidos.

Finalmente, el CCO decidió sancionar a TV Sam con una multa ascendente a 68.62 UIT y le ordenó como medida correctiva el cese de la conducta ilícita.<sup>146</sup> En apelación, el TSC confirmó la Resolución emitida por el CCO.<sup>147</sup>

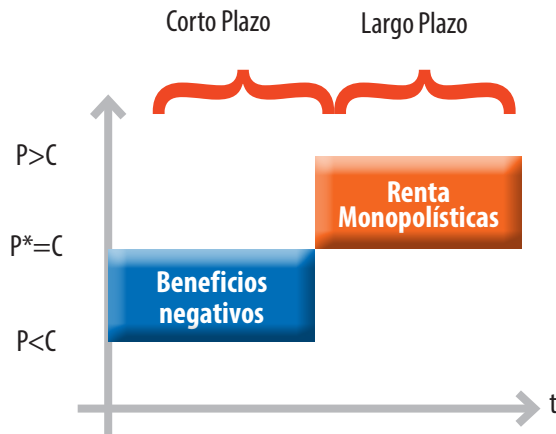
### 3.1.5. Precios predatorios

#### a. Concepto y requisitos

Los precios predatorios pueden definirse como aquellos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de dañar el proceso

competitivo, ya sea al eliminar del mercado a uno o varios competidores, impedir su expansión, o prevenir la entrada.

Una empresa dominante incurre en una práctica de predación al sacrificar sus beneficios en el corto plazo y vender por debajo de sus costos para obtener beneficios monopólicos en el largo plazo. Así, en el periodo inicial los consumidores se ven beneficiados por los precios bajos. Sin embargo, cuando la empresa ha logrado debilitar la competencia, subirá sus precios a niveles monopólicos. Con ello, el bienestar de los consumidores se reduce en el segundo periodo, y la empresa dominante logra recuperar las pérdidas en las que había incurrido en el periodo inicial, logrando beneficios extraordinarios.<sup>148</sup>



Fuente: OSIPTEL.

El éxito de una estrategia de precios predatorios dependerá en última instancia de la capacidad financiera que tenga la empresa para soportar las pérdidas en el corto plazo, y de la capacidad para incrementar sus precios en el largo plazo. Así, para que una empresa pueda realizar una estrategia de precios predatorios deben existir barreras a la entrada en el mercado, ya que de lo contrario podrían ingresar nuevos competidores cuando la empresa dominante incrementa los precios. Asimismo, es importante que no existan bienes sustitutos, ya que cuando la empresa incrementa los precios los consumidores podrían recurrir a dichos sustitutos.

Cabe destacar que existen importantes críticas acerca de la eficacia de una estrategia de precios predatorios como método anticompetitivo. Una de las principales críticas a los precios predatorios se refiere al hecho de que siempre son preferibles los precios bajos, por lo que sería preferible la competencia agresiva. Además, se critica que son pocas las industrias en las cuales se puede establecer una estrategia efectiva

148. MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004, pág. 412.

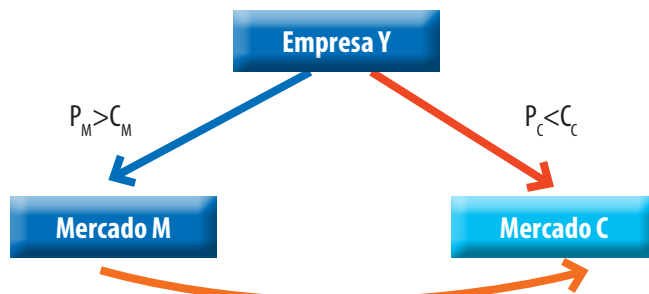
como la que plantea los precios predatorios, ya que es necesario que la empresa dominante tenga amplias espaldas financieras por un lado, y por otro lado, el mercado tendría que ser sensible a una reducción de precios en un primer momento (cuando se monopoliza con la estrategia predatoria) e insensible a una subida de precios en un segundo momento (cuando se intenta recuperar las pérdidas una vez monopolizado el mercado). Finalmente, existe falta de consenso sobre el estándar de costos a utilizar, entre las alternativas están: (i) el costo marginal, (ii) el costo variable promedio, (iii) el costo incremental promedio de largo plazo, y (iv) el costo evitable promedio.<sup>149</sup>

En el Perú, si bien las normas generales de libre competencia no incluyen de manera expresa a los precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio, tanto el OSIPTEL como el INDECOPI<sup>150</sup> han considerado que esta práctica resulta sancionable si tiene efectos exclusorios que afecten el proceso competitivo.

Al ser una práctica de abuso de posición de dominio, las conductas de precios predatorios constituyen prohibiciones relativas, debiendo sancionarse solo cuando se demuestre que tienen efectos nocivos para el bienestar de los consumidores en el largo plazo.

La predación de precios también se puede poner de manifiesto a través de una estrategia de subsidios cruzados, en el que la venta por debajo de un nivel de costos se soporta gracias al subsidio trasladado por la empresa que realiza la predación y que tiene posición de dominio y mayores ganancias en otro mercado.

Se entiende por subsidios cruzados a aquella situación en la que los precios que determina una empresa para un producto en un mercado determinado no reflejan sus costos y un margen de ganancia razonable, sino que más bien son el reflejo de los ingresos resultantes de precios fijados en otros mercados por la misma empresa o una empresa relacionada con esta.



El Mercado C es competitivo, mientras que el Mercado M es monopolístico

$$\pi_M > 0 \text{ financian } \pi_C < 0$$

149. U.S. Department of Justice (2008). Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of The Sherman ACT, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>

150. Ver, entre otros: Resolución N° 1832-2010/SC1-INDECOPI del 10 de junio de 2010, en la denuncia interpuesta por Corporación Gráfica Navarrete S.A. en contra de Distribuidora Bolivariana S.A. (Exp. N° 142-2008/CCD); Resolución N° 003-98-INDECOPI-CLC del 26 de agosto de 1998, en la denuncia presentada por Inter American Trade Development Company - Intradevco S.A. en contra de Reckitt & Colman del Perú S.A. (Exp. 006-97-CLC); Resolución N° 070-96-INDECOPI-CLC del 17 de setiembre de 1996, en la denuncia presentada por la señora María del Carmen Molta Wendell y otros en contra de Productos Químicos S.A. (Exp. 047-95-CLC).

Los subsidios cruzados se refieren principalmente -pero no únicamente- a la transferencia de utilidades que una empresa puede llevar a cabo de un mercado en el que tiene posición de dominio, a otro en el cual no necesariamente es dominante, pudiéndose ver afectadas las empresas que compiten con la que recibe el subsidio, así como los consumidores que tendrían que pagar altos precios para financiar dicho subsidio.

Cabe señalar que aunque los consumidores del servicio que reciben el subsidio se puedan ver beneficiados en el corto plazo por las menores tarifas que podrían pagar, estas menores tarifas –que probablemente no permiten cubrir los costos de operación de dicho servicio– en el largo plazo podrían generar una pérdida en las ganancias de eficiencia que hubiesen podido presentarse si competidores eficientes no se hubiesen visto forzados a salir del mercado por la existencia de dicho subsidio.

Los órganos de solución de controversias del OSIPTEL han tenido oportunidad para pronunciarse en un caso de precios predatorios.

## **b. Controversias**

### **b.1. Nextel contra Telefónica Móviles**

En el 2005, Nextel del Perú S.A. (Nextel) interpuso una demanda contra Telefónica Móviles S.A. (Telefónica Móviles) por la comisión de actos de abuso de posición de dominio, en la modalidad de incremento indebido de los costos del rival (raising rival's cost), y por una supuesta conducta de predación de precios. La primera de estas acusaciones era la base de su pretensión principal, mientras que la supuesta conducta de predación era el sustento de su pretensión subordinada.

Nextel denunciaba que Telefónica Móviles estaba realizando una práctica anti-competitiva al fijar un cargo de terminación en su red móvil (tarifa off-net) excesivamente elevado en comparación con la tarifa para comunicaciones dentro de su red (tarifa on-net) cobrada por dicha empresa. Así, en la pretensión principal, Nextel buscaba que el CCO sancione a Telefónica Móviles por una práctica de incremento indebido de los costos del rival, mientras que en su pretensión secundaria Nextel pedía que se declare que Telefónica Móviles había incurrido en actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de predación de precios.

En su defensa, Telefónica Móviles planteó una excepción de incompetencia respecto de la pretensión principal de Nextel. Según la demandada, el CCO no tenía competencia para analizar el cargo de terminación en su red móvil, ya que este correspondía a un valor que ya había sido fijado por el OSIPTEL en ejercicio de su potestad regulatoria. En tal sentido, la defensa de Telefónica se sostenía en el principio de supletoriedad, es decir, que la potestad regulatoria impedía la aplicación de la norma de libre competencia en este caso.

El CCO declaró fundada la excepción planteada por Telefónica Móviles, dando por concluido el procedimiento administrativo en la pretensión principal de Nextel, pero continuando con la tramitación del procedimiento administrativo de la pretensión subordinada.<sup>151</sup> Además, al recoger indicios sobre los supuestos ilícitos denunciados, el CCO decidió ampliar de oficio el procedimiento contra Telefónica Móviles por la supuesta realización de “prácticas con efectos depredadores en el establecimiento de tarifas para las comunicaciones originadas en su red por debajo de costos”. Ello debido a que, para el CCO, Telefónica Móviles cobraba en varios de sus planes una tarifa para las comunicaciones dentro de su red por debajo de costos.

En el Informe Instructivo de la STCCO<sup>152</sup> se explican las diferencias entre la pretensión subordinada de Nextel y la práctica investigada de oficio. En primer lugar, el CCO señala que la práctica investigada de oficio no está referida a una predación de precios, como en la pretensión subordinada de Nextel, sino a una práctica de efectos depredadores, que según los Lineamientos de Libre Competencia del OSIP-TEL vigentes en ese momento, podría involucrar una predación de precios, un subsidio cruzado o un estrechamiento de márgenes. Asimismo, el CCO advierte que la investigación de oficio buscaba determinar si la conducta predatoria se habría producido considerando todas las tarifas establecidas por Telefónica Móviles para las comunicaciones locales originadas en su red, y no solo respecto de las tarifas on-net.

En el caso de la pretensión subordinada, el CCO concluyó que el servicio de llamadas on-net, al que hacía referencia dicha pretensión, no es en sí mismo un mercado de servicio relevante, sino que por el contrario, todos los servicios que ofrece el operador móvil que conforman una canasta de servicios debían ser tratados como un solo servicio, el servicio móvil. En ese sentido, el CCO descartó la pretensión de Nextel, ya que había sido planteada respecto a un servicio no existente como tal.

En lo referente a la ampliación de oficio, el CCO corrigió lo que a su criterio había sido un error de Nextel en su pretensión subordinada, determinando que el mercado relevante estaba definido como el del servicio de telefonía móvil en el ámbito nacional, considerando que todo el negocio móvil constituía un solo servicio. Es decir, se consideró que tanto los ingresos obtenidos por la originación de llamadas como los ingresos obtenidos por la terminación de llamadas, constituían un todo para cada operador móvil. Así definido el mercado relevante, se determinó que Telefónica Móviles ostentaba posición de dominio.

En su resolución final, el CCO encontró indicios de que Telefónica Móviles estaría en capacidad de realizar una práctica con efectos depredadores financiada a través del subsidio entre segmentos del mercado, ya que una parte considerable de sus planes mostraba tarifas para llamadas dentro de su red menores a los cargos de terminación en su red móvil que cobraba a los otros operadores móviles, es decir, la tarifa final que ofrecía para llamadas on-net era menor que solo uno de los componentes (costos) de lo que sería la tarifa final que recibirían los usuarios en el caso de llamadas

151. Resolución N° 054-2008-CCO/OSIPTEL del 9 de septiembre del 2008, en la controversia iniciada por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A. (Exp. 001- 2005-CCO-ST/CD).

152. Ver Informe Instructivo N° 001-2008/ST del 4 de junio de 2008, pág. 19

off-net. El CCO también observó que, previamente y durante el periodo de la controversia, Telefónica Móviles había cobrado a sus competidores cargos de acceso mayores a los costos incrementales de largo plazo (LRIC) estimados por el OSIPTEL en el marco del procedimiento de la fijación de cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en las redes móviles; sin embargo, para el CCO esto no era concluyente para afirmar que Telefónica Móviles realizaba una práctica predatoria abusando de su posición dominante, aunque sí contribuía a otorgarle tal posición.

Para determinar si efectivamente se había producido una práctica de efectos depredadores, el CCO evaluó los ingresos y los costos globales (beneficios globales) de Telefónica Móviles, sin diferenciar los segmentos en los cuales participaba la empresa.

Así, al aplicarse la prueba de beneficios globales, se determinó que los ingresos globales de Telefónica Móviles se encontraban por encima de sus costos, con lo cual se concluyó que no se había configurado la práctica de efectos depredadores. En el análisis también se llegó a la conclusión de que no se habían presentado efectos negativos para el desarrollo de la competencia, aun en el supuesto de que los ingresos globales hubieran estado por debajo de los costos. Por lo tanto, el CCO declaró infundada la demanda de Nextel en el extremo referido a la pretensión subordinada consistente en la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios. Asimismo, el CCO declaró que no correspondía sancionar a Telefónica Móviles por la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de prácticas con efectos depredadores.

## 3.1.6. Otras conductas

### a. AT&T contra Telefónica

Esta controversia ya fue resumida en la parte correspondiente a negativa injustificada de trato.<sup>153</sup> Adicionalmente a los extremos de la denuncia ya reseñados, AT&T también demandó a Telefónica porque entre los años 1999 y 2000, esta última habría enviado una gran cantidad de llamadas sin identificación automática del número del que provenían (ANI)<sup>154</sup> a las líneas PRI que utilizaba AT&T para interconectar temporalmente su red de larga distancia con la red fija de Telefónica.<sup>155</sup> Las líneas PRI eran circuitos por los cuales se transmitía diversa información y eran identificadas con un número telefónico. Según AT&T, las llamadas sin ANI bloqueaban los canales de sus líneas PRI y le impedían terminar las llamadas internacionales por la congestión que se generaban en sus redes. Como resultado del bombardeo de llamadas, según la denunciante, se había visto afectada la calidad de sus servicios e incrementado sus costos para operar en el mercado.

Telefónica como parte de su defensa señaló que el bombardeo de llamadas pudo

153. En la presente sección solo se analizará la conducta de Telefónica consistente en el bombardeo de llamadas sin ANI para congestionar las redes de AT&T. Si bien esta conducta no se encuentra expresamente regulada como una infracción al DL 701, fue analizada como una práctica de abuso de posición de dominio con efectos equivalentes a las conductas expresamente reguladas (artículo 5 inciso f) del DL 701).

Por otro lado, en esta controversia también se sancionó a Telefónica por negativa injustificada de trato, cuyo análisis se encuentra en la sección pertinente; y se declaró infundada en el extremo referido a discriminación.

154. El ANI (Automatic Number Identification) presenta automáticamente el número telefónico o número de equipo que origina la llamada y sirve para realizar el cobro correspondiente por esa llamada. El ANI es asignado por la central a la que se encuentra conectado el abonado que origina la llamada. Las llamadas sin ANI impiden que se identifique dónde se origina la llamada.

155. Las líneas PRI fueron utilizadas como medio de interconexión transitoria. AT&T utilizaba normalmente las líneas PRI para terminar el tráfico de las llamadas de larga distancia con ANI en las redes de Telefónica. No obstante, las llamadas sin ANI tenían el sentido contrario; es decir, provenían de la red fija de Telefónica hacia las líneas PRI de AT&T.

156. Entre los competidores en el mercado de larga distancia, estaban los que operaban con interconexión definitiva y los que operaban con interconexión transitoria.

El régimen de interconexión transitoria fue establecido para facilitar el ingreso de nuevos operadores en el mercado de larga distancia nacional e internacional. Esta medida fue provisional y los operadores que obtuvieron una interconexión transitoria, posteriormente -en algunos casos- tuvieron que utilizar una interconexión definitiva para seguir operando en el mercado. Las operadoras que tenían una interconexión definitiva, a diferencia de sus competidores que operaban con una interconexión transitoria, asumían todos los costos (central de conmutación, señalización, enlaces de interconexión y demás vinculados con los puntos de interconexión), situación que podía ser aprovechada para poder reducir los precios de terminación de llamadas que ofrecían a sus usuarios.

157. Telefónica solicitó como requisito a AT&T que le informe sobre las líneas que iban a formar parte de la interconexión transitoria. Además, también conoció estos números al momento en que AT&T contrató con Telefónica, administradora de la red fija, las 10 líneas PRI.

158. Tanto las que tenían esta conexión desde un principio como las que tuvieron inicialmente una interconexión transitoria y posteriormente utilizaron la interconexión definitiva.

Si una de estas operadoras hubiera cometido el bombardeo, las llamadas sin ANI habrían ingresado por el punto de interconexión que tenían con la red fija de Telefónica, luego de ello habrían pasado por la central de esta empresa y después por su troncal, pudiendo haber sido detectadas durante este proceso.

En ese sentido se descartó a las operadoras con interconexión definitiva porque hubieran sido detectadas en alguna de las fases de la ruta por la que ingresaban a la red fija de Telefónica, en especial, considerando el volumen de las llamadas, la frecuencia que tenían y el número al que se dirigían.

haber sido realizado por cualquier persona, ya que para su ejecución únicamente se necesitaba contar con una línea fija y que los otros operadores de larga distancia tenían capacidad y mayores incentivos para realizar tal conducta. Por otro lado, señaló que AT&T habría fingido los daños que supuestamente le generaba el bombardeo, puesto que el volumen de llamadas sin ANI que recibieron sus líneas PRI no podía afectar la capacidad de su central, además de que AT&T pudo bloquear directamente este tipo de llamadas y no esperar a que Telefónica recién lo hiciera, ya que ello no perjudicaba sus servicios de terminación de llamadas internacionales.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia determinó que esta práctica disimulada tenía como objetivo obstruir el normal funcionamiento de las operaciones de AT&T y, por las magnitudes en las que se habían realizado las llamadas, no pudieron haber sido enviadas manualmente por una persona sino a través de medios, como un analizador, que permitiesen definir con exactitud la frecuencia con la que se generarían. Por ello, el CCO consideró que los posibles autores del bombardeo eran aquellos que podrían tener algún motivo para perjudicar de esta manera a AT&T, es decir, sus competidores.

El contexto en que se produjo esta práctica mostraba que existía rivalidad entre los operadores de larga distancia por las tarifas que ofrecían a los usuarios de este servicio, por lo cual era factible que cualquier operadora que compitiera con AT&T hubiese adoptado esta medida.<sup>156</sup> No obstante, el CCO determinó que el posible autor tuvo que conocer todos los números telefónicos de las líneas PRI que utilizaba AT&T, o por lo menos la mayoría, para la interconexión transitoria, puesto que sin dicha información hubiera sido materialmente imposible efectuar el bombardeo con las precisiones en las que fue realizada la conducta analizada.

En ese sentido, durante el procedimiento se determinó que Telefónica conocía 10 de las 15 líneas PRI utilizadas para la interconexión transitoria<sup>157</sup> y las 5 restantes fueron -en un inicio- contratadas por AT&T para su uso privado y posteriormente fueron utilizadas para la interconexión transitoria. Al ser estas últimas líneas las que identificaban a AT&T en el mercado era lógico que hubiesen sido el centro del bombardeo. Sin embargo, ello no ocurrió así, sino todo lo contrario, las líneas principalmente afectadas fueron las que nunca habían sido utilizadas para fines privados.

Asimismo, se descartó a los otros operadores que competían en el mercado con AT&T ya sea porque tenían interconexión definitiva y si cometían esta conducta podían ser detectados<sup>158</sup>, y también a los operadores que tenían interconexión transitoria que se vieron afectados por el envío de las llamadas sin ANI a sus líneas PRI debido a que resultaba ilógico que ellos mismos se hayan auto bombardeado<sup>159</sup>. Adicionalmente, el CCO tomó en cuenta que las fechas en la que se produjo el bombardeo coincidían con las fechas en las que Telefónica se opuso a la interconexión transitoria y con otros acontecimientos<sup>160</sup> que llevaban a concluir que posiblemente el autor directo o indirecto de esta conducta era Telefónica.

Por otro lado, el CCO determinó que AT&T no podía bloquear directamente a

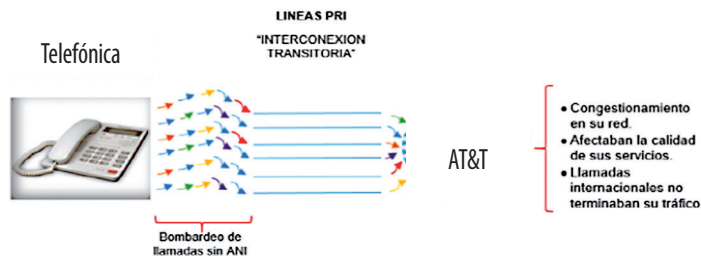


través del mecanismo “no molestar”<sup>161</sup> las llamadas sin ANI sino que la única forma de realizar el bloqueo de una línea PRI utilizada para la interconexión transitoria era que alguna de las centrales, en este caso la de Telefónica o AT&T, enviase un mensaje de bloqueo al circuito correspondiente. No obstante, si es que AT&T hubiese enviado un mensaje de bloqueo de sus líneas PRI, ello también implicaba que las llamadas internacionales no pudieran terminar su tráfico en las redes de Telefónica, quedando inutilizado el medio de interconexión transitoria.

Al respecto, el CCO señaló que no era relevante si Telefónica, como iniciativa propia, hubiese controlado que no ingresaran llamadas sin ANI a su red sino la adopción de las medidas pertinentes para evitar los efectos del bombardeo. Así, por ejemplo, durante la tramitación del procedimiento se acreditó que pese a las reiteradas solicitudes de la denunciante para que Telefónica bloquee el ingreso de las llamadas sin ANI dirigidas desde su red fija hacia las líneas PRI, esta se negó. Esta medida consistente en el bloqueo del ingreso de las llamadas sin ANI en la central por la que ingresaba (Telefónica)<sup>162</sup>, a diferencia del bloqueo de las líneas PRI, sí hubiera evitado los efectos del bombardeo sin impedir que AT&T utilizara las líneas PRI para terminar llamadas internacionales en la red fija de Telefónica.

En ese sentido, el CCO determinó que el comportamiento de Telefónica ante esta situación resultaba inexplicable ya que no había adoptado las medidas que estaban a su alcance para evitar los efectos perjudiciales del bombardeo, a pesar de ser la administradora de la red por la que llegaban las llamadas sin ANI.

Sobre la magnitud del bombardeo, el CCO consideró que dado que las llamadas sin ANI eran masivas y se dirigían a la misma línea PRI, cada llamada iba tomando el canal que se encontraba disponible y una vez que se liberaba, dicho canal podía ser tomado nuevamente por otra llamada sin ANI. De esta forma, si las llamadas se concentraban en determinadas horas o minutos del día, sí podían bloquear varios o todos los canales de las líneas PRI. En ese sentido, el bombardeo ocasionaba que los medios de interconexión transitoria de AT&T quedaran temporalmente inoperativos, lo que generaba que la calidad de sus servicios se vea afectada.



159. Otro criterio que se tomó en cuenta para descartar a estas empresas es que no contaban con la capacidad suficiente como para realizar el bombardeo, debido a que tenían pocas líneas PRI y si las utilizaban para realizar esta conducta, hubieran ocupado gran parte de su capacidad para prestar sus servicios, a diferencia de la situación de Telefónica que sí contaba con la capacidad necesaria.

160. Los acontecimientos que se consideraron fueron los siguientes:

- Telefónica junto con otras operadoras solicitaron a OSIPTEL que se suprima del marco regulatorio el mecanismo de interconexión transitoria.
- La fecha máxima hasta la cual, según Telefónica, podía durar la interconexión transitoria de AT&T y el mantenimiento del uso de la interconexión transitoria por parte de AT&T.
- En dos oportunidades, las llamadas sin ANI cesaron cuando funcionarios de OSIPTEL indagaban su origen en el local de Telefónica o en el punto de conexión de las líneas PRI de AT&T con la red fija de la denunciada.
- Coincidencia entre el cese definitivo del bombardeo y el pedido posterior de AT&T a OSIPTEL para que diera término a la interconexión transitoria.

161. Las líneas telefónicas comunes y también las líneas de la Red Digital de Servicios Integrados que tienen conexión con un terminal telefónico, como las líneas BRI –líneas de dos canales de transmisión-, cuentan con el mecanismo denominado “no molestar”. Este mecanismo permite que el abonado bloquee manualmente y de forma directa el ingreso de llamadas a dicho aparato terminal. No obstante, el caso de una línea PRI utilizada para interconexión transitoria es distinto. En este caso, la línea PRI es un circuito -cable físico- que sirve como medio de conexión entre la central de la red fija de Telefónica y la central de la red de larga distancia del operador interconectado. Bajo este esquema, la utilización del mecanismo “no molestar” de los aparatos telefónicos no era posible.

162. También se pudo hacer el bloqueo en la central en la que se encontraba conectada la línea PRI (Telefónica).

163. Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL del 16 de julio del 2002, emitida en la controversia iniciada por AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A (Exp. 003-2001).

164. Telefónica cometió la infracción en su calidad de administradora de la red de telefonía fija, a la cual se encontraban adscritas las líneas PRI que utilizaba AT&T como medio de interconexión temporal. Siendo la red fija más importante del Perú, todos los operadores de larga distancia se encontraban interesados en utilizar dichos medios de interconexión transitoria, entre ellos AT&T. En ese periodo, la demandada era la única empresa que podía ofrecer dichos medios de interconexión en el mercado.

165. Cabe indicar que el CCO señaló que dicha conducta también constituía una infracción al artículo 6 del Decreto Ley 26122 (cláusula general), en la medida que la conducta analizada constituía una forma directa de incrementar ilícitamente los costos del competidor. En la resolución se señaló que la sanción aplicable era la correspondiente a las normas de libre competencia, en virtud del criterio de especialidad. Al respecto, el CCO indicó que cuando una misma conducta califica como más de una infracción es aplicable la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, conforme, por ejemplo, por el artículo 230 inciso 6 de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444. En función a esta regla, debe considerarse que las empresas que cuentan con posición de dominio pueden realizar con mayor éxito –es decir generando mayores daños– comportamientos estratégicos que incrementen los costos de los rivales, por lo que a efectos de la sanción del bombardeo de llamadas sin ANI, la sanción más grave resultaría la correspondiente a las normas de libre competencia.

Finalmente, evaluando todos los hechos, el CCO determinó que Telefónica fue la responsable del bombardeo de llamadas sin ANI que sufrió AT&T y que tal conducta había tenido como propósito incrementar ilegalmente los costos de operación en el mercado de la denunciante.<sup>163</sup> En ese sentido debido a que dicha práctica fue efectuada por Telefónica, empresa que tenía posición de dominio en el mercado de red de telefonía fija<sup>164</sup>, con el propósito de restringir la competencia en el mercado de terminación de larga distancia, el CCO sancionó con una multa de 400 UIT a Telefónica por infringir el artículo 5 inciso f) del DL 701.<sup>165</sup>

## 3.2. Prácticas Colusorias Verticales

### 3.2.1. Concepto y Requisitos

Las prácticas colusorias verticales son aquellas restricciones a la competencia generadas por acuerdos entre dos o más agentes que participan en distintos niveles de la cadena de producción o distribución de un producto. El objeto del acuerdo será limitar la capacidad de acción o decisión comercial de uno o todos los participantes del acuerdo, de manera tal que se reduzca la competencia.

Una modalidad de colusión vertical es la fijación de precios de reventa, que se produce, por ejemplo, cuando un proveedor con poder de mercado impone a sus distribuidores el precio fijo, mínimo o máximo, al cual el producto debe ser revendido hacia el siguiente nivel de la cadena de distribución o hacia los consumidores finales. Con ello, se limita la independencia económica y la capacidad para competir (por precio) entre los distribuidores intramarca. Así, por ejemplo, una gaseosa de una determinada marca puede ser vendida a distintos precios, ya sea en una bodega, en un supermercado o en el grifo; sin embargo, si el proveedor de este producto fija el precio de venta final al consumidor, los distribuidores del producto se verían limitados a competir entre ellos subiendo o bajando ese precio.

Otro supuesto de colusión vertical es la negativa concertada de venta, que consiste en el rechazo verticalmente coordinado entre dos o más agentes económicos de establecer relaciones comerciales con otro u otros agentes. Esta conducta tiene como efecto desplazar competidores del mercado, ya sea que se trate de competidores en el mismo nivel de la cadena en el que participa una de las empresas que implementan la conducta o en un nivel inferior de la cadena. Así por ejemplo, una empresa fabricante de televisores denominada A que tiene como competidores a B, C y D, contrata con una agencia de publicidad P para que promocióne sus productos y acuerdan que esta última deberá rechazar cualquier tipo de relación comercial

con D, principal competidora de A. En ese sentido, la agencia de publicidad podrá prestar sus servicios a cualquier fabricante de televisores (B y C) pero menos a D.

Aunque tienen efectos similares a los de la negativa concertada de venta (vertical), los acuerdos de exclusividad impiden que un agente en un nivel distinto de la cadena de producción o fabricación entable relaciones comerciales con cualquier otro competidor. Así, en el ejemplo anterior, A y la agencia de publicidad P, celebrarán un acuerdo por el cual P no podrá asesorar ni contratar con sus competidores B, C y D.

Las prácticas colusorias verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo como prácticas de abuso de posición de dominio y también las tipificadas como prácticas colusorias horizontales que constituyen prohibiciones relativas. De esta forma, las conductas que hemos venido analizando en la presente sección son solo algunas de las modalidades que se pueden presentar como colusiones verticales.

Para la configuración de estas prácticas se exige que alguno de los participantes en un acuerdo vertical cuente con posición de dominio, y que a través del acuerdo con los otros operadores económicos se genere un efecto exclusorio respecto de los demás competidores sin que medie una justificación válida para ello. En ese sentido estas prácticas, al igual que las conductas tipificadas como abuso de posición de dominio y las colisiones horizontales relativas, constituyen prohibiciones que deberán ser analizadas bajo la regla de la razón.

### 3.2.2. Acuerdos de Exclusividad

La única modalidad de prácticas colusorias verticales investigada y sancionada por el OSIPTEL ha sido la celebración de acuerdos de exclusividad.

Como se ha analizado previamente, el numeral 10.2 del artículo 10 de la LRCA recoge a los acuerdos de exclusividad dentro de las modalidades de abuso de posición de dominio. A su vez, el artículo 12.2 señala que las prácticas colusorias verticales podrán consistir en los supuestos tipificados en el numeral 10.2 del artículo 10. Por ello, los acuerdos de exclusividad pueden ser investigados, cuando ello lo justifique, desde la perspectiva de abuso de posición de dominio y también como una práctica colusoria vertical. Justamente, en la medida en que esta práctica puede encajar en ambos supuestos resulta complicado el encausamiento de una controversia en la que se presenta esta conducta.

Una doble sanción de esta práctica podría generar una infracción al principio de non bis in ídem, ya que se trataría de una doble persecución de los mismos hechos, a los mismos sujetos, y puesto que ambos tipos tienen por finalidad la protección del mismo bien jurídico: la libre competencia.<sup>166</sup>

166. Numeral 10 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

En ese sentido, uno de los criterios que las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han utilizado para evitar la doble sanción de una misma práctica, consiste en identificar su origen. Así, será un caso de abuso de posición de dominio si el contrato de exclusividad se origina de una decisión unilateral del agente económico con posición de dominio. De esta forma, si este acuerdo solo reporta beneficios al dominante, e implica el sometimiento, la aceptación o tolerancia por parte de las otras empresas involucradas, esta práctica podrá ser sancionada bajo el artículo de abuso de posición de dominio. En cambio, será considerada como una práctica colusoria vertical cuando el acuerdo responde a decisiones plurilaterales que benefician a todas las partes involucradas en el acuerdo.

A diferencia de los acuerdos de exclusividad en la modalidad de abuso de posición de dominio en los que solo se sanciona al agente económico que impuso tal acuerdo, en la modalidad de colusión vertical, se sanciona a todos los agentes partícipes del acuerdo.

Como se ha desarrollado, el OSIPTEL ha investigado y sancionado dos casos de acuerdos de exclusividad. El primero de ellos se dio en la controversia iniciada por Telecable, empresa operadora del servicio de televisión por cable, que denunció a Telefónica y a su operadora de cable Multimedia. En dicha oportunidad se acreditó que Multimedia había celebrado acuerdos de exclusividad con Turner y Fox, por los cuales ambos canales de televisión solo podían ser retransmitidos en la parrilla de cable que Multimedia ofrecía a sus usuarios. A cambio de ello, Multimedia les ofrecía como contraprestación un monto que ningún otro operador podía ofrecerles, entre otros beneficios. Estos acuerdos generaron efectos negativos en la competencia y en el bienestar de los consumidores debido a que los canales que transmitía Multimedia en exclusiva constituían un insumo esencial para sus competidores y gozaban de gran preferencia por los usuarios.

En dicha ocasión, el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia sancionó la misma conducta bajo las modalidades de abuso de posición de dominio y de práctica colusoria (vertical).<sup>167</sup> Sin embargo, si se considera el criterio que posteriormente adoptaría el CCO del OSIPTEL en una nueva controversia (Redcom contra TV Sam y otros), estos acuerdos de exclusividad podrían haber sido evaluados bajo la modalidad de colusión vertical<sup>168</sup> debido a que los acuerdos que involucraban a Multimedia y a las empresas de señal, Turner y Fox, reportaban beneficios para todos los participantes del acuerdo y no fue producto de la imposición de la empresa con posición de dominio (Multimedia).

Este criterio fue adoptado en la ya comentada controversia iniciada por Redcom contra TV Sam y otros.<sup>169</sup> Durante el desarrollo del procedimiento se acreditó que TV Sam había impuesto acuerdos de exclusividad a los principales canales de señal abierta, tales como Sonora y Vía TV, por el cual el contenido de estos canales era transmitido en exclusiva por TV Sam. En la medida que los canales de señal abierta

167. Resolución N° 062-CCO-2000 del 21 de diciembre del 2000, emitida en la controversia Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A y Telefónica Multimedia S.A.C. (Exp. 006-99).

168. Artículo 6, inciso j) del DL 701. Actualmente, esta conducta se encuentra regulada en el artículo 12, inciso 2) de la LRCA.

169. Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del 8 de marzo del 2013 y Resolución N° 007-2013-TSC/OSIPTEL del 2 de julio del 2013, ambas emitidas en la controversia iniciada por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C y otros (Exp. 006-2011-CCO-ST/LC).

tenían mayor cobertura antes que celebraran un acuerdo de exclusividad con TV Sam, se determinó que tales acuerdos no reportaron beneficios para estas empresas. Por ello, a diferencia del caso seguido contra Multimedia, en esta oportunidad, el CCO solamente sancionó a TV Sam, pues consideró que la exclusividad solo la beneficiaba a ella y que este deber de exclusividad había sido exigido o impuesto por la operadora dominante, razón por la cual se descartó sancionar esta conducta como una colusión vertical.

## 3.3. Prácticas Colusorias Horizontales

### 3.3.1. Concepto y Requisitos

En determinadas circunstancias, las empresas que actúan en un mercado pueden considerar más rentable la cooperación y la coordinación de sus acciones con distintas variables de mercado (precio, calidad, cantidad, etc.), que competir. Estos hechos resultan contrarios a las normas de competencia, que por el contrario buscan promover la dinámica competitiva entre las empresas. Las acciones de cooperación o coordinación para no competir en un mercado son conocidas como “prácticas colusorias”.

Una práctica colusoria puede darse entre empresas que compiten en la misma etapa del proceso productivo, conociéndose como prácticas colusorias horizontales; mientras que si se producen entre empresas que pertenecen a distintas etapas del proceso productivo se conocen como prácticas colusorias verticales.

En el Perú, la LRCA señala que las prácticas colusorias horizontales se encuentran referidas a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones.
- El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.
- La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a nor-

mas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor.

- La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios.
- Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación.
- Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva.
- Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de estas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

La LRCA diferencia entre los tipos de concertación. En primer lugar se consideran las prohibiciones absolutas, que son aquellas que no requieren de un análisis de racionalidad para ser declaradas ilícitas, bastando solo comprobar su realización. Así, las prohibiciones absolutas están referidas a los acuerdos horizontales intermarca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- (i)** Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- (ii)** Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- (iii)** El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- (iv)** Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

En tal sentido, de acuerdo con lo señalado en la LRCA, las demás prácticas colusorias horizontales que no estén dentro de los supuestos señalados expresamente como prohibiciones absolutas, serán prohibiciones relativas.

Las conductas paralelas o paralelismo constituyen los principales indicios de la

comisión de prácticas colusorias, especialmente cuando es poco probable que tal conducta ocurra en condiciones de competencia en el mercado. Cabe precisar, sin embargo, que dicha conducta no es por sí misma suficiente para probar una práctica concertada. Adicionalmente, deben considerarse otros factores que, en conjunto con la conducta paralela, permiten fortalecer la hipótesis de existencia de prácticas colusorias, tales como:

- Conductas de competidores contrarias a su propio interés pero favorables al interés del grupo.
- Cambios radicales respecto de las prácticas comunes de las distintas empresas (como simultaneidad de los cambios en los precios).
- Requerimientos o quejas expresas o implícitas de los competidores en busca de acuerdos.
- Oportunidad para concertar (reuniones coincidentes con cambios radicales de precios, volúmenes de producción, y otros).

En los mercados de telecomunicaciones, las instancias de solución de controversias del OSIPTEL no han sancionado prácticas de colusión horizontal; sin embargo, sí se ha analizado un supuesto acuerdo entre las empresas que prestan servicios de telefonía móvil. A continuación se detallarán los aspectos más importantes de dicha investigación.

### 3.3.2. Controversias

#### **a. De oficio contra Telefónica, Bellsouth, Nextel, TIM, Telefónica Móviles**

A partir del 2002 se realizó una investigación para determinar la existencia de un supuesto acuerdo entre las empresas que prestan servicios de telefonía móvil para retrasar el ingreso de la modalidad de facturación al segundo, y si tal comportamiento respondió a una recomendación por parte de Telefónica. Además de Telefónica se investigó a los operadores móviles Bellsouth Perú S.A.A. (Bellsouth), Nextel, Telefónica Italia Mobile Perú S.A.C. (TIM), y Telefónica Móviles.

La supuesta colusión se habría producido en un contexto en el que, durante los primeros meses de 2002, la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores del Congreso de la República elaboró el proyecto de ley para que la facturación de las llamadas originadas en teléfonos fijos se efectuara al segundo y

no al minuto como venía haciéndose. Este proyecto fue aprobado por el Congreso y remitido al Ejecutivo.

Los indicios de la supuesta colusión provenían de las declaraciones y anuncios dados por representantes de las distintas empresas operadoras. Inicialmente, un representante de TIM anunció que a partir del 15 de noviembre de 2002 su representada facturaría al segundo las llamadas de fijo a móvil. Sin embargo, unos días después, un representante de Telefónica Móviles habría señalado a diversos medios de prensa que TIM habría roto un pacto de caballeros al hacer el anuncio del cobro por segundo en las llamadas de fijo a móvil, ya que los operadores móviles habían decidido anunciar esto conjuntamente cuando los sistemas de Telefónica estuvieran en condiciones de hacer la facturación al segundo. Apenas un día después, TIM negó que haya participado de alguna reunión de coordinación para el establecimiento de la facturación al segundo en las llamadas de fijo a móvil.

### Línea de tiempo sobre hechos indiciarios de posible colusión



Fuente: OSIPTEL.

Ante estos hechos, la STCCO ejecutó diversas medidas y acciones a fin de realizar una investigación preliminar que le permitiera determinar si correspondía iniciar un procedimiento de oficio por infracción a las normas de libre competencia. Particularmente, la STCCO requirió información sobre las reuniones que habían sostenido los representantes de las empresas operadoras móviles, tanto de lugares y fechas, como de los temas tratados. Además se sostuvieron diversas reuniones con funcionarios de las empresas involucradas.

Luego, el CCO determinó que para considerar si existen indicios razonables que justifiquen iniciar una investigación de oficio, deben concurrir dos elementos: (i) la



existencia de un “hecho indicador”, que constituya una base cierta y comprobada; y (ii) que el “hecho indicador” sea veraz, esto es, que a través del razonamiento lógico-crítico sea posible presumir o inferir la existencia de la consecuencia indicada (entiéndase el acuerdo colusorio) como algo posible.

Así, de acuerdo con las investigaciones realizadas por la Secretaría Técnica, el CCO consideró que habían quedado acreditados los siguientes “hechos indicadores”: (i) sí se realizaron reuniones entre las empresas prestadoras del servicio de telefonía móvil en las cuales se abordó el tema referido al retraso del ingreso a la facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil; (ii) sí existieron declaraciones de un representante de Telefónica Móviles respecto de un incumplimiento de TIM del supuesto pacto de caballeros celebrado entre las operadoras móviles para retrasar el ingreso a la facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil; y, (iii) TIM sí anunció el cambio a la facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil, antes que los demás operadores de móviles.

Luego, el CCO consideró que debía demostrarse que resultaba verosímil que las empresas hayan concertado. Para ello no solo debía existir un acuerdo dirigido a limitar la competencia, sino que también debían haber existido incentivos que propicien la celebración de tal acuerdo.

Respecto de la posibilidad de la existencia de un acuerdo, la Secretaría Técnica no encontró evidencias ni coincidencias entre las reuniones celebradas por las empresas y la supuesta adopción del acuerdo. En las investigaciones de la Secretaría Técnica se observó que todos los representantes de las empresas operadoras coincidían que en las reuniones que tuvieron se trataron aspectos generales referidos a la intención de Telefónica de ingresar a la facturación al segundo y de la intención de dicha empresa de ofrecer a sus abonados paquetes especiales que eliminen la renta básica y les dieran el control del gasto a dichos usuarios. Por tanto, para el CCO las declaraciones del representante de Telefónica Móviles respondían solo a conversaciones sobre el sistema de facturación al segundo, más que de acuerdos anticompetitivos.

De otro lado, en cuanto a los incentivos para la concertación supuestamente promovida por Telefónica, el CCO consideró que dada la estructura y las características del mercado de llamadas de fijo a móvil, no existía interés para competir por parte de las empresas operadoras del servicio de telefonía móvil, pues el usuario que origina la llamada (cliente de la empresa de telefonía fija) no tendría la capacidad de alterar la elección del operador móvil por parte del abonado que recibe la llamada (cliente del operador móvil). Así, a criterio del CCO, el usuario que origina la llamada fijo-móvil era un usuario cautivo del operador de la red de destino (la red móvil), por lo cual los operadores móviles no tenían incentivos para competir agresivamente en este mercado a través de tarifas.<sup>170</sup> Con ello, lo que se entiende de la resolución del CCO con respecto a este punto es que las empresas de telefonía móvil de forma natural no tenían incentivos para competir en el mercado de llamadas fijo-

170. Cabe destacar que cuando se llevó a cabo esta controversia quien fijaba la tarifa era el operador de la red móvil. Sin embargo, actualmente la regulación definió que quien establece la tarifa fijo-móvil es el operador de la red fija, estando regulada la tarifa de Telefónica.

móvil, por lo que no era necesaria una colusión para dejar de competir en cualquier aspecto, como por ejemplo retrasar la entrada a sistema de facturación al segundo.

Asimismo, el CCO no observó que las empresas obtengan un beneficio claro en el cambio del sistema de facturación. Por el contrario, para el CCO las empresas debieron haber considerado el alto riesgo que les significaba cambiar a la facturación al segundo sobre sus ingresos provenientes de las llamadas fijo-móvil, por lo cual no había estímulos para que las empresas concertaran para no ingresar a la facturación al segundo, ya que de todas maneras esto era algo que no les interesaba hacer. Es decir, de la resolución se interpreta que, dado que era natural que las empresas operadoras móviles no estaban interesadas en ingresar al sistema de facturación al segundo, no era necesario que Telefónica impulse una colusión y/o que las empresas coordinen para no ingresar a dicho sistema, pues cada empresa tenía incentivos para no hacerlo, independientemente de las demás.

El CCO también observó limitaciones tecnológicas y regulatorias para que las empresas coordinadamente puedan establecer la facturación al segundo en las llamadas de fijo a móvil. En el caso de las limitaciones tecnológicas, el CCO observó que los operadores móviles dependían de los operadores fijos para que les otorguen la facturación al segundo. En ese sentido, si dicha limitación hubiera impedido a los operadores móviles competir, y los hubiera llevado a concertar, los operadoras hubieran intentado superar tal limitación solicitando a las empresas de telefonía fija que les brindarían el servicio de facturación establecido al segundo, lo cual no se comprobó. En el caso de las limitaciones regulatorias, el CCO observó que las empresas de telefonía celular tenían una limitación, establecida por una norma de OSIPTEL para poder ingresar a la facturación al segundo. Particularmente, en las llamadas de fijo a móvil terminadas en las redes de Telefónica Móviles y Bellsouth, la regulación disponía que la unidad de medida era el minuto, no observándose ninguna acción para levantar tal restricción. Además, tampoco se encontró algún estudio de factibilidad o rentabilidad que hayan realizado las empresas involucradas en dicha limitación regulatoria.

De esta manera, la Secretaría Técnica y el CCO concluyeron que no se había verificado la existencia de los elementos que configuren una concertación, afirmando que en este caso “no puede considerarse que el “dejar de hacer” de las empresas móviles -el no entrar a la facturación al segundo-, pueda ser considerado como una posible concertación.” Por tanto, al no existir indicios de la posible existencia de una práctica anticompetitiva, el CCO decidió no abrir un procedimiento de oficio.<sup>171</sup>

171. Resolución N° 001 -2003-CCO/OSIPTEL del 20 de mayo de 2003, emitida en la investigación iniciada de oficio contra Bellsouth Perú S.A.A., Nextel del Perú S.A., Telefónica Italia Mobile Perú S.A.C. (TIM), y Telefónica Móviles S.A.C. (Exp. 001-2003-COO).

# CAPÍTULO 4

## Principales casos de competencia desleal en la industria de telecomunicaciones en el Perú

### 4.1. Cláusula General

#### 4.1.1. Concepto y Requisitos

El artículo 6 de la LRCD define a los actos de competencia desleal como aquellas actividades que sean objetivamente contrarias a la buena fe empresarial que debe orientar la concurrencia de los agentes en una economía social de mercado, independientemente de la forma que adopten, el medio que permita su realización, o el sector económico en que se manifiesten. Esta definición y prohibición de los actos de competencia desleal es lo que se conoce como la “cláusula general”.

La cláusula general es la disposición de la LRCD que contiene la prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal. La cláusula general surge como respuesta a la imposibilidad de contemplar todos los supuestos de deslealtad

172. KRESALJA, Baldo. "Comentarios al decreto ley 26122 sobre represión de la competencia desleal", en: Derecho PUCP N° 47 (1993), pág. 25.

173. El INDECOPI modificó su criterio interpretativo de aplicación residual o supletoria de la cláusula general el año 2004 a través de un precedente de observancia obligatoria, en el cual estableció que la única conducta prohibida y tipificada como infracción en la anterior ley de represión de la competencia desleal (Decreto Ley 26122) era la prevista en la cláusula general, y que las conductas señaladas en el listado contemplado en la referida ley solo eran ejemplos de infracción, mas no tipos de infracciones prohibidos individualmente. Resolución N° 455-2004/TDC-INDECOPI del 10 de setiembre de 2004, emitida en la controversia entre Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra Instituto de Investigación el Pacífico E.I.R.L. y otros (Exp. 032-2002-CCD). Sin embargo, en resoluciones posteriores del INDECOPI se observa que se retomaría el criterio interpretativo de aplicación residual o supletoria de la cláusula general. Al respecto, ver: Resolución N° 2976-2012/SC1-INDECOPI de 25 octubre de 2012, emitida en el caso entre Bembos S.A.C. contra Compañía Nacional de Chocolates de Perú S.A. (Exp. 215-2011-CCD) y Resolución N° 858-2013/SDC-INDECOPI del 24 de mayo de 2013, emitida en el caso entre Industrias Willy Busch S.A. contra Filtros Lys S.A. (Exp. 036-2011-CCD).

174. Incluidos en el Capítulo II del Título II de la LRCD.

175. "El régimen de competencia está basado, no en la ilicitud, sino en la licitud del daño concurrencial: es perfectamente admisible y resulta inevitable que el competidor, en el desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio a los concurrentes. (...) de ello se deduce que en definitiva vender es quitarle un comprador a otro;

de un modo estricto, por lo que, el legislador opta por condensar el criterio valorativo de ilicitud (deslealtad) en una sola definición omnicompreensiva de todas las manifestaciones concretas de deslealtad, y que luego se complementa por una enumeración de actos que no pretende ser exhaustiva.<sup>172</sup>

La tipificación en la cláusula general abarca tanto aquellas conductas que han sido listadas de modo enunciativo por tratarse de los casos usuales y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal y también aquellos actos que por su novedad o por sus singulares características, no se encuentran previstos expresamente en el listado enunciativo y que, por tanto resultan sancionables directamente en virtud de la cláusula general.<sup>173</sup>

La existencia de una cláusula general prohibitiva, sin embargo, no debería amparar el incumplimiento de los requisitos específicos para la sanción de alguno de los supuestos típicos de deslealtad;<sup>174</sup> es decir, si una determinada conducta se enmarca dentro de lo que se consideraría como un acto desleal específico (por ejemplo, engaño o denigración), para ser sancionada se requiere necesariamente que se cumpla con los elementos típicos de ese acto desleal (por ejemplo, que potencialmente induzca a error a los consumidores, o que pueda dañar la reputación comercial de un agente). En caso se incumplan estos requisitos, entonces la conducta no sería considerada como desleal, y no podría forzarse su ilicitud argumentando que si bien la conducta no califica como un acto desleal determinado, sí infringiría la cláusula general.

El concepto de daño concurrencial ilícito subyace a todos los actos desleales. Este daño producido no es comparable con el daño normal y necesario que se produce entre los agentes económicos durante el proceso competitivo, que son lícitos siempre y cuando se enmarquen dentro de los límites de la buena fe empresarial.<sup>175</sup> La pérdida de clientes ante mejores precios, calidades o condiciones de venta de los competidores, y la pérdida de trabajadores ante la oferta de mejores remuneraciones o condiciones de trabajo, son manifestaciones de un daño concurrencial normal y lícito, lo cual claramente es admisible en un proceso competitivo por eficiencia. Por el contrario, el daño concurrencial ilícito se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por un agente (y el consecuente daño al competidor) no se basa en su propia eficiencia.

Si bien la buena fe empresarial es un concepto bastante genérico y que podría parecer subjetivo hasta cierto grado, puede ser definida como el logro de la preferencia de los usuarios por la eficiencia y los méritos propios, sin acudir o aprovecharse indebidamente de los méritos ajenos.<sup>176</sup> En ese sentido, solo se sancionan aquellos actos contrarios a la buena fe objetiva, es decir, las conductas que pretenden lograr la preferencia de los consumidores por causas distintas a la propia eficiencia. No son sancionables las conductas que sean contrarias a las normas de corrección o a la ética que rigen las actividades económicas conforme a los usos comer-

ciales de cierto grupo o gremio.<sup>177</sup> Tampoco es necesario acreditar que esta conducta produzca un daño efectivo en el mercado, sino basta con que genere la posibilidad de producir efectos perniciosos en el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

## 4.1.2. Controversias

### a. Virtual Service contra Wi-Net

Virtual Service Perú S.A.C. (Virtual Service), una empresa comercializadora del servicio portador local denunció a Wi-Net Perú S.A.C. (Wi-Net), empresa concesionaria del servicio de portador local por actos de competencia desleal. Las empresas habían suscrito un contrato de comercialización por el cual Virtual Service se encargaba de comercializar el servicio de portador local (transmisión de data y voz) brindado por Virtual Service.

Las conductas denunciadas como infracción a la cláusula general consistían en: (i) la utilización por parte de Wi Net de la información contenida en la base de datos de clientes que compartía con Virtual Service para perjudicarla, a través del envío de comunicaciones a los clientes poniendo en duda la capacidad de Virtual Service para prestar el servicio de acceso a Internet, (ii) la modificación unilateral por parte de Wi Net de las estipulaciones contenidas en el contrato suscrito entre ambas empresas, principalmente en las facilidades de pago, y (iii) el hecho de que Wi Net informe su decisión de no renovar el contrato con más de un año de anticipación a la fecha de su vencimiento, con el propósito de generar alarma en los clientes de Virtual Service. Estas conductas, según la denunciante, tenían por finalidad perjudicarla indebidamente y obstaculizar el normal desarrollo de sus actividades.

Wi Net, como parte de su defensa, señaló que en el contrato se había establecido que cuando Virtual Service tuviese un retraso en sus pagos de más de 45 días, se facultaba a Wi Net para tener un contacto directo con los clientes y cobrar los servicios prestados sin requerir la autorización de la denunciante. Además, en el caso de la modificación unilateral, señaló que si bien no se había pactado los plazos en los que Virtual Service debía pagar por los servicios prestados, de una interpretación conjunta del contrato se podía determinar tales plazos y recalzó que en el contrato no se había pactado la posibilidad de otorgar financiamientos o facilidades de pago. En su resolución final,<sup>178</sup> el CCO a cargo de la controversia determinó que si bien Wi Net accedió legítimamente a la base de datos de los clientes de Virtual Service, esta circunstancia no la autorizaba a emplear dicha información para fines distintos a los establecidos en el contrato, más aún si con ello se perjudicó el normal ejercicio de las actividades de Virtual Service, por lo que se declaró fundada la denuncia en este extremo.

lo que resulta totalmente lícito y admisible, a no ser que se empleen para conseguirlo medios en sí mismo ilícitos y reprobables, que es todo el problema de la competencia desleal" (subrayado añadido). BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial: Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal. Madrid: Civitas, 1978, pág. 228.

176. En este sentido: "(...) la deslealtad o contrariedad con la buena fe se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia sino en la obstaculización de otros competidores." GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián. "Competencia Desleal: actos de desorganización del competidor". Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, pág. 63-64, cita extraída de INDECOPI, Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. Lima, 2013, pág. 26.

177. En cuanto a esta conducta, "(...) Debe considerarse que, desde el ángulo del caduco modelo corporativista o de protección profesional, una conducta como la descrita podía ser declarada desleal. Sin embargo, dicha conducta no sería contraria a la buena fe empresarial objetiva, a la luz del modelo social vigente, mientras se encuentre basada en procurar ventajas de la eficiencia propia, evitando distorsionar la valoración del demandante o consumidor sobre la oferta propia y/o sobre la oferta ajena, (...)". STUCCHI, Pierino. "Los actos de Competencia Desleal que distorsionan la valoración de la oferta en la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal", en: Revista de Derecho - Universidad de Piura 10, Lima, 2009, págs. 11-47.

178. Resolución N° 019-2005-CCO/OSIPTTEL del 27 de diciembre de 2005, en la controversia iniciada por Virtual Service Perú S.A.C. contra Wi-Net Perú S.A.C. (Exp. 006-2005-CCO-ST/CD y Exp. 010-2005-CCO-ST/CD)

179. Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL del 21 de marzo del 2006, en la controversia iniciada por Virtual Service Perú S.A.C. contra Wi-Net Perú S.A.C. (Exp. 006-2005-CCO-ST/CD y Exp. 010-2005-CCO-ST/CD).

180. Artículo 15 del Decreto Ley 26122. Actualmente, esta conducta está recogida en el artículo 13 de la LRCD.

181. Resolución N° 0478-2011/SC1-INDECOPI del 24 de febrero de 2011, en el procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Nestlé Perú S.A. (Exp. 061-2009/CCD y 073-2009/CCD acumulados).

182. Resolución N° 016-96-C.P.D., en el procedimiento seguido por Electrol S.A. contra Maruja Maquera López, Leonardo Mamani Jiscara y otros (Exp. 136-95-C.P.C.D.).

183. Resolución N° 014-2011-CCO/OSIPTEL del 16 de agosto de 2011, en la controversia iniciada por Cable TV Maxuy S.A.C. contra Televisión del Valle S.A.C. (Exp. 001-2011-CCO-ST/CD-LC).

184. Este criterio ha sido recogido en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobado por Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI:

"El consumidor razonable actúa en el mercado con la diligencia ordinaria con que se desenvuelve en la vida diaria, juzgando la información a la cual tiene acceso, principalmente a partir de su experiencia, atendiendo al significado usual de las palabras, frases y oraciones, prefiriendo, de varias interpretaciones posibles, aquella que surge naturalmente a sus ojos."

185. Dicho criterio ha sido recogido por OSIPTEL en los Lineamientos de Competencia Desleal, así como en la Resolución N° 016-2005-CCO/OSIPTEL del 7 de abril de 2005, emitida en el procedimiento iniciado por María del Pilar Uzátegui Perea contra José Correa Briceño (Exp. 007-2004-CCO-ST/CD); y así como en la Resolución N° 014-2011-CCO/OSIPTEL del 16 de agosto de 2011, emitida en el

Asimismo, en la decisión de Wi Net de dejar sin efecto las facilidades de pago otorgadas a Virtual Service –aspecto que no estaba pactado en el contrato, por lo que no hubo modificación unilateral– y la oportunidad elegida por Wi Net para informar su intención de no renovar el contrato de comercialización, el CCO determinó que dichas acciones estarían justificadas debido a las deudas que mantenía Virtual Service, así como el comportamiento de esta empresa frente a las propuesta de solución remitidas por Wi Net. Además, el CCO consideró que estas conductas no perjudicaban el normal desarrollo de las actividades de Virtual Service, por lo que declaró infundada la denuncia en este extremo.

En apelación, el TSC confirmó la resolución del CCO, señalando que se había acreditado el uso indebido de la base de datos para ocasionar perjuicios a Virtual Service y que dicha información fue utilizada para fines distintos a los pactados en el contrato entre ambas empresas. Ello debido a que la cláusula, a la que hizo referencia Wi Net para señalar que su conducta fue lícita, solo le permitía utilizar la figura de la cesión contractual para cautelar sus intereses económicos ante la falta de cumplimiento de las contraprestaciones por parte de Virtual Service, y no para otros fines.<sup>179</sup>

Si bien el CCO y el TSC analizaron esta controversia como una posible infracción a la cláusula general, parte de las imputaciones que pesaban sobre Wi Net estaban relacionadas con la utilización sin autorización de la información de la base de datos de Virtual Service. Se trataba del uso de información de relevancia comercial para un fin distinto del que se había contemplado en el contrato celebrado entre ambas empresas. En tal sentido, considerando que Wi Net accedió legítimamente a dicha información pero realizó una explotación no autorizada de ella, dicha conducta podría haber sido evaluada bajo la figura de violación de secretos empresariales.<sup>180</sup>

## 4.2. Actos de Engaño

### 4.2.1. Concepto y requisitos

El artículo 8 de la LRCD establece la prohibición de los actos de engaño, definiéndolos como aquellos susceptibles de inducir a error a otros agentes del mercado sobre las características o condiciones de los bienes, servicios o transacciones que un agente económico ofrece en el mercado, así como también sobre los atributos relacionados con su propia actividad empresarial.

El acto de engaño se presenta con la trasmisión a los consumidores de un mensaje erróneo o falso, que puede generar que las preferencias de los consumidores

se desvíen indebidamente en virtud a falsas expectativas.<sup>181</sup> A través de esta conducta se busca atraer mayor clientela de manera indebida.

Lo que se sanciona en esta práctica es el impacto que pueda generar una impresión errada sobre las características o atributos de los bienes o servicios que un agente económico ofrece en el mercado, o sobre su propia imagen empresarial, en la toma de decisiones de un consumidor. Ello debido a que a partir de la información errada se puede inducir a un consumidor a efectuar una decisión de consumo inadecuada, esto es, una elección que bajo otras circunstancias no hubiera realizado.<sup>182</sup>

Por tanto, los efectos perjudiciales, reales o potenciales, derivados del acto de engaño se manifiestan sobre (i) el consumidor, cuyo excedente se ve afectado en tanto adquiere un producto o servicio que satisface en menor grado sus necesidades, (ii) los competidores, que pierden la oportunidad de efectuar una transacción en el mercado, debido a que el competidor desleal utilizó actos de engaño para atraer clientela, y (iii) el mercado en general, al producirse un daño en la transparencia y aumentando la percepción de riesgo de los consumidores.<sup>183</sup>

Ahora bien, las normas de represión de competencia desleal buscan proteger a los consumidores que son capaces de actuar en el mercado con la diligencia ordinaria para tomar decisiones prudentes. Por ello, para analizar este tipo de conducta se deberá tomar en cuenta lo que un consumidor razonable<sup>184</sup> interpretaría sobre la base de la información difundida de las características de los productos o los atributos de la actividad empresarial del agente económico.

Para la configuración de esta práctica se requiere de dos condiciones: (i) que se comunique o difunda información falsa, incorrecta o insuficiente; y, (ii) que dicha información tenga la potencialidad de inducir a error sobre aspectos concretos y verificables de los servicios, productos ofrecidos o atributos del propio agente.

Así, solo sobre aquellas expresiones que un consumidor razonable interprete como objetivas y verificables<sup>186</sup> se puede cometer un acto de engaño. Estas afirmaciones tienen la capacidad de inducir a error al consumidor en la medida que se trata de aspectos que pueden ser contrastables con la realidad, y que pueden generar expectativas de ser cumplidos.

En cambio, la información relacionada con aspectos subjetivos<sup>187</sup> no está sujeta a comprobación por expresar opiniones, puntos de vista o sentimientos del agente económico que no generan en el consumidor una expectativa sobre la base de la cual realizaría una decisión de consumo.

Las prácticas de engaño ocurren predominantemente en el contexto de la actividad publicitaria. Al respecto, la LRCD precisa que INDECOPI tiene competencia exclusiva para investigar y sancionar los actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria.<sup>188</sup>

Así, la LRCD define el término publicidad como toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte y objetivamente apta o dirigida

procedimiento iniciado por Cable TV Maxuy S.A.C. contra Televisión del Valle S.A.C. (Exp. 001-2011-CCOST/CD). Este criterio también ha sido mantenido por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal de INDECOPI para el análisis de la práctica de engaño en las diferentes controversias que ha tenido a su cargo (Ver Resolución N° 098-2008-CCD/INDECOPI del 9 de julio del 2008, emitida en la controversia iniciada por Caja Municipal de Ahorros y Crédito de Cusco S.A. contra Banco de Trabajo S.A.), que además fueron recogidos en sus Lineamientos de Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobados mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI.

186. "Solamente las expresiones publicitarias que un consumidor razonable interprete como objetiva y comprobable se encuentran sujetos al principio de veracidad. Ello se debe a que poseen la capacidad de engañar al consumidor mediante la falsedad o la inducción a error". Resolución N° 1602-2007-TDC/INDECOPI del 3 de setiembre de 2007, en el procedimiento iniciado de oficio contra Hipermercados Metro S.A. (Exp. 189-2006/CCD).

187. "La publicidad comercial puede contener asimismo, información objetiva y subjetiva. Mientras la información objetiva es comprobable, la información subjetiva no está sujeta a comprobación por expresar opiniones, puntos de vista, o sentimientos del anunciante. Para dilucidar si un anuncio publicitario presenta una alegación objetiva o subjetiva debe atenderse a los criterios de interpretación de un consumidor razonable. Así por ejemplo, si bien frases como "máxima seguridad", "mayor duración" o "gran rendimiento" pueden tener un contenido comprobable en abstracto, en el contexto particular de un anuncio, podrían ser entendidas por un consumidor como frases altisonantes que no le generan la expectativa de un resultado comprobable". Resolución N° 1602-2007-TDC/INDECOPI del 3 de setiembre de 2007, en el procedimiento iniciado de oficio contra Hipermercados Metro S.A. (Exp. 189-2006/CCD).

188. Decreto Legislativo 1044 Artículo 24º.- Las autoridades.-

a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales. <sup>189</sup>

En la medida que, como se ha apuntado anteriormente, todo acto desleal desarrollado como publicidad es de competencia exclusiva del INDECOPI, no son numerosos los casos de actos de engaño resueltos por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.

## 4.2.2. Controversias

### a. Cable TV Maxuy contra Televisión del Valle

En esta controversia se enfrentaron dos empresas de distribución de radiodifusión por cable. Cable TV Maxuy S.A.C. (Maxuy), empresa operadora de televisión por cable a nivel nacional, denunció a Televisión del Valle S.A.C. (Televalle), empresa que brinda el servicio de televisión por cable en el departamento de La Libertad. La conducta denunciada consistía en que esta última habría iniciado una campaña de desprestigio en contra de Maxuy al asegurar que habría sido comprada, que no existía o que ya no tenía abonados; lo cual, según la denunciante, influía en la captación y permanencia de sus usuarios.

Durante el desarrollo del procedimiento, Maxuy presentó como medios probatorios una videograbación que había sido difundida en una radio local, en la cual su administradora señalaba que la empresa Maxuy no había sido ni será vendida, y grabaciones de entrevistas realizadas a sus usuarios quienes manifestaban que los trabajadores de Televalle les informaron que Maxuy había sido o iba a ser comprada por Televalle.

Adicionalmente, el CCO ordenó que se realizaran encuestas a los usuarios de Maxuy para determinar si estos habían podido apreciar propagandas o noticias relacionadas con la existencia o no de Maxuy o con la compra de dicha empresa por Televalle. Al respecto solo tres usuarios señalaron que efectivamente habían recibido estos mensajes.

En su resolución final, el CCO determinó que tanto las pruebas aportadas por las partes como los medios de oficio actuados no acreditaban fehacientemente que Televalle hubiese realizado una campaña de desprestigio, señalando que Maxuy no existe, fue comprada o que será comprada. El CCO consideró que las manifestaciones de los usuarios en las encuestas dispuestas por el CCO fueron dispares, por lo que no existía certeza razonable sobre los hechos imputados a Televalle. Asimismo, el CCO determinó que aun si se probaba que efectivamente los trabajadores de Televalle hubiesen realizado tales afirmaciones, no se había podido determinar que tales

24.1.- En primera instancia administrativa la autoridad es la Comisión, entendiéndose por esta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y a las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI en las que se desconcentren las funciones de aquella, según la competencia territorial que sea determinada. Las Comisiones de las Oficinas Regionales serán competentes únicamente respecto de actos que se originen y tengan efectos, reales o potenciales, exclusivamente dentro de su respectiva circunscripción de competencia territorial.

24.2.- En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal, entendiéndose por este al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

24.3.- Cualquier otra autoridad del Estado queda impedida de realizar supervisión o aplicar sanciones en materia publicitaria.

CUARTA.- Exclusividad de competencia administrativa y alcance de las excepciones.-  
(...)

Cuando el acto de competencia desleal que se determina y sanciona es uno que se ha desarrollado mediante la actividad publicitaria, la competencia administrativa únicamente corresponde a los órganos competentes para la aplicación de esta Ley, conforme a lo dispuesto en el Título IV, sin excepción alguna.

189. Artículo 59 de la LRCO.



declaraciones hubieran inducido real o potencialmente a error a los usuarios, razón por la cual se declaró infundada la denuncia.<sup>190</sup>

Si bien el CCO analizó esta controversia como un posible acto de engaño, las afirmaciones que se imputaban a Televalle no estaban relacionadas con los productos o servicios de Televalle sino principalmente a una empresa competidora, Maxuy. En tal sentido, considerando que la supuesta campaña iniciada por Televalle estaba dirigida a desprestigiar a Maxuy, dicha conducta podría haber sido evaluada dentro de la figura de un acto de denigración.<sup>191</sup> Alternativamente, se podría haber considerado que las afirmaciones supuestamente difundidas por Televalle tenían por objeto generar una vinculación entre ella y Maxuy, empresa a la que la primera habría comprado; y en tal sentido, analizar esta conducta bajo la figura de explotación de la reputación ajena.<sup>192</sup> No obstante, en dicha controversia no se pudo probar que Televalle efectivamente hubiera llevado a cabo tal campaña y difundido tales afirmaciones.

## b. María del Pilar Uzátegui contra José Correa Briceño

TV Sam Cartavio, representada por María del Pilar Uzátegui (la señora Uzátegui), denunció a A&C Cable, representada por José Correa Briceño (el señor Correa). Ambas empresas brindaban el servicio de televisión por cable en el departamento de La Libertad. La conducta imputada, en los términos denunciados por la señora Uzátegui, consistía en que A&C Cable había difundido información falsa de que contaba con autorización para transmitir ciertos canales de cable, lo que podría inducir a error a los usuarios al momento de elegir con qué empresa contratar. Como medio probatorio, la denunciante presentó los siguientes avisos:

### **"A&C CABLE CARTAVIO**

*Les comunica que el Ministerio de Transportes y comunicaciones ya autorizó oficialmente el funcionamiento del nuevo telecable Cartavio por el lapso de 20 años. (...)*

*A&C Cable te comunica que próximamente estaremos dando un nuevo canal y así seguiremos creciendo para tu bienestar y entretenimiento. (...)"*

### **"COMUNICADO N°9**

**¡A la Colectividad Cartavinal**

**(...) el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con Resolución Ministerial N° 10742003MTC/03, YA AUTORIZÓ OFICIALMENTE EL FUNCIONAMIENTO DEL NUEVO TELECABLE EN CARTAVIO.**

**Con este respaldo oficial A&C CABLE va a crecer y ofrecer los mejores canales para su esparcimiento y entretenimiento de Ud. y toda su familia."**

190. Resolución N° 014-2011-CCO/OSIPEL del 16 de agosto de 2011, en la controversia iniciado por Cable TV Maxuy S.A.C. contra Televisión del Valle S.A.C. (Exp. 001-2011-CCO-ST/CD-LC).

191. Artículo 11 de la LRCD.

192. Artículo 10 de la LRCD.

193. Resolución N° 016-2005-CCO/OSIPTEL del 7 de abril de 2005, en la controversia seguida por María del Pilar Uzátegui Perea contra José Correa Briceño (Exp. 007-2004-CCO-ST/CD).

194. "Por medio de la denigración se intenta la merma o el menoscabo de la reputación, fama o aprecio de que goza aquello que se denigra. (...) La denigración consiste, pues, en la acción lesiva del crédito comercial, que es el crédito de que gozan en el mercado quienes operan en él o sus productos o servicios." CUESTA RUTE, José María. Curso de Derecho de la Publicidad. Navarra: Eunsa. 2002, pág. 179.

195. "El ámbito de protección del ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal no se limita, como sucedía bajo el modelo profesional, a los intereses particulares de los empresarios concurrentes en el mercado –a través de la calificación como ilícitos de aquellos comportamientos considerados contrarios a las prácticas generalmente aceptadas o entendidas como aceptables por los comerciantes y que les afectaban exclusivamente a ellos- sino que comprende al interés económico general, incluyendo al interés de los consumidores y, en último término, a la preservación del orden económico del mercado, considerado como el mecanismo para lograr el mayor bienestar de la sociedad por el marco constitucional". Resolución N° 0347-2006 /TDC-INDECOPI del 17 de marzo de 2006, en el procedimiento seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra Mactel Electrónica E.I.R.L. (Exp. 114-2004/CCD).

196. En ocasiones, los actos denigratorios también pueden estar dirigidos hacia otro agente que no compite en el mismo mercado, pero cuya alusión en términos denigratorios, puede favorecer la propia actividad comercial de quien realiza la afirmación. Ver, por ejemplo, Resolución N° 0347-2006 /TDC-INDECOPI del 17 de marzo de 2006, en el procedimiento seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra Mactel Electrónica E.I.R.L. (Exp. 114-2004/CCD).

El CCO a cargo de la controversia concluyó que los avisos únicamente se referían a que A&C Cable había obtenido la concesión para prestar el servicio de televisión por cable, hecho que se produjo efectivamente; pero no difundía información relacionada con que dicha empresa contara con autorización para transmitir ciertas señales de cable que integraran su programación. Por tanto, dado que los avisos no contenían información falsa, incorrecta o insuficiente, el CCO declaró infundada la denuncia.<sup>193</sup>

## 4.3. Denigración

### 4.3.1. Concepto y requisitos

El artículo 11° de la LRCD establece la prohibición de realizar actos denigratorios que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicancia, desacreditar o menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de un determinado agente económico.

La denigración es una conducta que afecta al competidor a través de la difusión de un mensaje que es susceptible de afectar su crédito comercial o reputación.<sup>194</sup> Este mensaje genera en los destinatarios una impresión distorsionada del agente económico, sus productos, prestaciones, establecimientos o sus actividades comerciales.

Si bien es cierto, a través de la denigración se afecta directamente a un competidor, el bien jurídico protegido por la prohibición de los actos desleales de denigración es el proceso competitivo.<sup>195</sup> Quien realiza la afirmación denigratoria normalmente procurará el desplazamiento de la demanda de los consumidores a su favor mediante la afectación del crédito comercial de sus competidores.<sup>196</sup> Es decir, la denigración produce una distorsión en la percepción de los consumidores sobre las ofertas en el mercado, por razones distintas a la eficiencia económica.

Efectivamente, lo que se sanciona en este tipo de actos es el impacto que el menoscabo de la reputación de un agente económico puede generar en la toma de decisiones de los consumidores. Así, la denigración genera que la preferencia de los consumidores no se base en la eficiencia competitiva de las empresas en el mercado, sino en un ataque indebido contra un competidor.

Lo expuesto no supone que sean ilícitas todas las manifestaciones que puedan afectar la reputación comercial de los competidores que actúan en el mercado, sino que dichas expresiones serán legítimas siempre y cuando quien las realice esté en capacidad de asumir la carga procesal de acreditar la veracidad, exactitud y pertinencia de sus declaraciones.<sup>197</sup>

En efecto, para la configuración de un acto de denigración se evaluará, además de si la afirmación es capaz de denigrar, si las afirmaciones difundidas por el infrac-

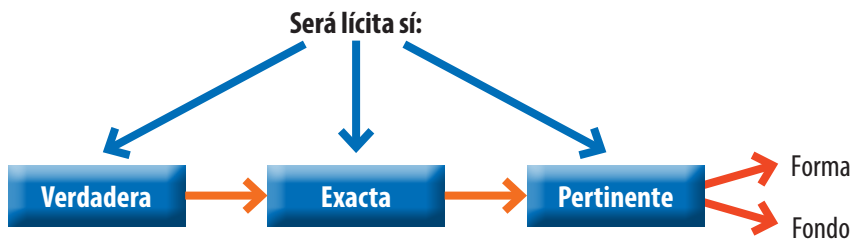
tor son veraces, exactas y pertinentes, tanto en el fondo como en la forma. En ese sentido, en el supuesto de que se verifique el cumplimiento de estos aspectos, se considerará que la práctica es lícita aun cuando afecte la reputación de otro concurren en el mercado. En cambio basta que se verifique que la afirmación no cumple con una de estas características para que se configure la infracción.

Así, el primer requisito consiste en determinar si una afirmación es verdadera. Para ello deberá tenerse en cuenta si esta es objetiva, verificable y ajustada a la realidad. Si cumple con estas características deberá continuarse con el análisis, es decir, se deberá evaluar su exactitud y pertinencia; en cambio si se demuestra que es falsa será considerada como una conducta denigratoria siendo irrelevante continuar con la evaluación de los otros requisitos.

El segundo requisito consiste en determinar si la afirmación es exacta. Para ello, se deberá evaluar si es clara y actual, y si es presentada de forma tal que no exista ambigüedad o imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta. Por ello, es necesario que el mensaje que se transmita corresponda a la realidad de las cosas y evitar los términos ambiguos, de tal forma que no se induzca a error al destinatario del mensaje.

Por último, el tercer requisito consiste en determinar si la afirmación, a pesar de ser verdadera y exacta, también es pertinente. La LRCD señala que esta pertinencia debe darse tanto en la forma como en el fondo. Así, en relación con la primera característica se considerará como tal, si la afirmación contenida en el mensaje evita, entre otros, la utilización de la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias. Y en cuanto a la segunda característica, se considerará pertinente en el fondo cuando se evite las alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidación o cualquier otra circunstancia estrictamente personal de los titulares o representantes del agente económico, y otras alusiones que no transmitan información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia o calidad.

El siguiente gráfico muestra el análisis de licitud respecto de afirmaciones denigratorias.



Fuente: OSIPTEL.

197. Criterio recogido en la Resolución N° 035-96-TRI-SDC del 28 de agosto de 1996, en el procedimiento seguido por Medidores Inca S.A. contra Medidores Peruanos S.A. (Exp. 050-95-CPCD), y en la Resolución N° 0301-2007/TDC-INDECOPI del 7 de marzo de 2007, en el procedimiento seguido por el Banco del Trabajo S.A. contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A., por la comisión de actos de competencia desleal (Exp. 151-2004/CCD).

198. Decreto Legislativo 1044  
Artículo 24º.- Las autoridades.-

24.1.- En primera instancia administrativa la autoridad es la Comisión, entendiéndose por esta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y a las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI en las que se desconcentren las funciones de aquella, según la competencia territorial que sea determinada. Las Comisiones de las Oficinas Regionales serán competentes únicamente en actos que se originen y tengan efectos, reales o potenciales, exclusivamente dentro de su respectiva circunscripción de competencia territorial.

24.2.- En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal, entendiéndose por este al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

24.3.- Cualquier otra autoridad del Estado queda impedida de realizar supervisión o aplicar sanciones en materia publicitaria.

CUARTA.- Exclusividad de competencia administrativa y alcance de las excepciones.

(...)

Cuando el acto de competencia desleal que se determina y sanciona es uno que se ha desarrollado mediante la actividad publicitaria, la competencia administrativa únicamente corresponde a los órganos competentes para la aplicación de esta Ley, conforme a lo dispuesto en el Título IV, sin excepción alguna.

199. En ese entonces el supuesto estaba recogido en el artículo 11 del Decreto Ley 26122.

Así como en los actos de engaño, es frecuente que los actos de denigración adopten algún mecanismo de difusión publicitaria. Como ya se ha indicado previamente, la legislación<sup>198</sup> ha dispuesto que los actos de competencia desleal realizados a través de alguna modalidad publicitaria sean de competencia exclusiva del INDECOPI y no del OSIPTEL. Por esta razón, son escasos los casos de denigración resueltos por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.

## 4.3.2. Controversias

### a. Telefónica contra RCP

En 1996, Telefónica denunció a RCP por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración,<sup>199</sup> debido a que esta última había iniciado una campaña pública de agravios contra Telefónica al realizar las siguientes afirmaciones: (i) que los planes de desarrollo de RCP habían sido frenados por las maniobras y prácticas poco éticas de Telefónica; (ii) Telefónica pretende crear un monopolio recurriendo a prácticas ilegales tales como subsidios cruzados, dumping, abuso de posición de dominio, competencia desleal y desatención del servicio público; (iii) el servicio de Infovía provisto por Telefónica era una autopista tramposa en la que todos deben pagar peaje y una nueva estafa, y; (iv) por haber efectuado comentarios sobre la nacionalidad de los representantes de Telefónica, presentándola como una empresa extranjera.

Por su parte, RCP argumentó que las instancias de solución de controversias de OSIPTEL no eran competentes para resolver la controversia sino el INDECOPI por tratarse de actividad publicitaria; sin perjuicio de ello, señaló que las tres primeras aseveraciones estaban vinculadas con acusaciones que formaban parte de otra controversia iniciada en contra de Telefónica, además de ser declaraciones personales de su representante, mas no de RCP. Sobre la afirmación relativa a la nacionalidad señaló que era pertinente en cuanto todos sabían que Telefónica era de capital español, a lo que se agregaba que sus altos funcionarios eran españoles, por lo que no se había referido de modo peyorativo a la nacionalidad de los representantes de Telefónica.

El CCO a cargo de dicha controversia determinó que las declaraciones realizadas por el representante de RCP tenían carácter institucional, no pudiendo argumentarse la falta de poder expreso o autorización previa para realizar tales declaraciones para sustentar la ausencia de responsabilidad de RCP.

Además, las afirmaciones habían sido realizadas a través de entrevistas, cartas y/o comunicaciones publicadas en la página web de RCP y estos medios no constituían publicidad comercial por lo que el OSIPTEL sí era competente para emitir pronunciamiento. Asimismo, debido a que RCP no demostró la veracidad, exactitud y pertinencia de las tres primeras afirmaciones, que podían menoscabar la reputa-

ción empresarial de Telefónica, el CCO declaró fundado en este extremo la denuncia. No obstante, con relación a la afirmación sobre la nacionalidad de Telefónica, el CCO señaló que a pesar que la alusión a la nacionalidad resultaba imprecisa, su sola mención no menoscababa el crédito de Telefónica en el mercado, por lo cual declaró infundado dicho extremo de la denuncia.<sup>200</sup>

En la apelación, la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL confirmó la resolución del CCO, respaldando su competencia, señalando que fueron manifestaciones propias de RCP y no anuncios publicitarios que intentaran vender algo, los que proporcionaron convicción al CCO de la existencia de actos de competencia desleal. Asimismo, la Presidencia consideró que las declaraciones emitidas por RCP tuvieron un contexto denigratorio dirigido a menoscabar el crédito comercial de Telefónica, y que el hecho de que RCP hubiera iniciado un procedimiento de controversias contra Telefónica no la facultaba para realizar manifestaciones denigratorias contra ella.<sup>201</sup>

## b. Multimedia contra Boga

Esta controversia surgió entre dos operadores de televisión por cable. Multimedia denunció a Boga por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración,<sup>202</sup> debido a que esta última habría difundido a través de su señal de cable, comunicados remitidos a sus abonados y en una nota de prensa, afirmaciones que presentaban a Multimedia como una empresa extranjera que abusaba de los consumidores nacionales. Además, imputó a Boga la difusión de entrevistas periodísticas y declaraciones tanto de los representantes de Boga como de algunos congresistas que, según Multimedia, habrían sido inducidos por esta empresa para hacer referencia a aseveraciones falsas e inexactas sobre sus actividades, en particular sobre una promoción implementada por Multimedia, la misma que había sido cuestionada ante las instancias de OSIPTEL para determinar su legalidad.

El CCO a cargo de la controversia determinó que si bien los congresistas habrían efectuado declaraciones en una conferencia de prensa basadas en la información proporcionada por Boga sobre las promociones que venía ofreciendo Multimedia, no obstante, las mismas reflejaban el parecer de los congresistas acerca de determinados hechos que en su concepto serían de interés para la opinión pública. Asimismo, con relación a las declaraciones efectuadas por los representantes de Boga en distintos diarios, se concluyó que tales afirmaciones constituían opiniones de los autores de los artículos, y que en otros casos, se había utilizado expresiones de carácter condicional, por lo que se declaró infundada la denuncia en dichos extremos.<sup>203</sup>

No obstante, el CCO señaló respecto de las afirmaciones utilizadas por Boga, tanto en los recibos de pago del servicio de televisión por cable como en las cartas remitidas a sus abonados y en el comunicado transmitido a través de su señal de cable, que ellas buscaban menoscabar la reputación de Multimedia, al presentarla como

200. Mediante Resolución N° 018-CCO-97 del 19 de mayo de 1997, en la controversia seguida por Telefónica del Perú S.A. contra Red Científica Peruana (Exp. 002-96).

201. Resolución N° 043-97-PD/OSIPTEL del 19 de diciembre de 1997, en la controversia seguida por Telefónica del Perú S.A. contra Red Científica Peruana (Exp. 002-96).

202. En ese entonces el supuesto estaba recogido en el artículo 11 del Decreto Ley 26122.

203. Resolución N° 006-2002-CCO/OSIPTEL del 11 de diciembre de 2003, en la controversia seguida por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Boga Comunicaciones S.A. (Exp. 013-2003-CCO-ST/CD).

un agente abusivo, que no cumpliría con los términos de una promoción difundida por ella, y al hacer referencia a quejas de clientes engañados por ella, sin presentar medios probatorios que avalaran la exactitud y veracidad de sus acusaciones.

Asimismo, el CCO determinó que las afirmaciones de Boga sobre la nacionalidad extranjera de Multimedia en contraposición al origen nacional de los capitales de Boga también eran denigratorias al realizarlas con el propósito de generar una percepción negativa en los consumidores, al presentar a las empresas de origen extranjero como empresas acostumbradas a mecanismos ilegales y abusivos en contra de los consumidores y competidores nacionales.

### c. Multimedia contra Directv

Esta es una controversia en la que se enfrentaron dos empresas operadoras de televisión paga. Multimedia, la principal operadora de televisión por cable a nivel nacional, denunció a Directv Perú S.R.L. (Directv), empresa que brinda el servicio de televisión satelital. La conducta denunciada consistía en la representación en una tienda por departamentos al interior de un centro comercial de dos personajes en contraposición, un diablo y un ángel, en la cual se hacía un paralelo entre el diablo y “el cable” versus el ángel que representaba a Directv. La denuncia también involucraba la publicación de fotografías de esta escenificación en la revista DIRECTV ZONE, a la que se le adhirió un texto en el que se afirmaba que Cable Mágico ofrecía una pobre calidad y tecnología en su servicio.



Fuente: Expediente 003-2008.

Como parte de su defensa, Directv señaló que el ángel y el diablo representaban la antítesis entre el sujeto moderado y el sujeto juguetón y que en las fotografías se apreciaba a ambos personajes en actitudes traviesas y juguetonas y no se

hacia referencia a un determinado agente económico. Con relación al texto presentado como un pie de fotografía, Directv precisó que las afirmaciones eran exactas y verdaderas debido a que enfatizaba la diferencia tecnológica entre la transmisión digital en comparación con la transmisión analógica brindada por las diferentes empresas de cable.

En su resolución final, el CCO a cargo de la controversia determinó que si bien la imagen del diablo no hacía referencia directa a Multimedia o a su servicio prestado con la marca Cable Mágico, era razonable que si el ángel representaba a Directv, los consumidores asocien al diablo con uno de sus competidores principales, más aún si las características de este personaje coincidían con las características y el color de los signos distintivos utilizados en el mercado por Cable Mágico.<sup>204</sup> Así, en dicha resolución se reconoce que la denigración no solo se produce con la referencia directa a un competidor, sino también cuando se hace de forma indirecta o por implicación, de manera tal que el consumidor pueda identificar al agente denigrado aun cuando no se le haya aludido expresamente.

El CCO determinó que la utilización del personaje del diablo por sí sola, visualmente no resultaba denigratoria, ni contenía características que pudiesen menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial de Multimedia. En cambio, sí declaró fundada la denuncia por denigración en relación con la publicación efectuada en la revista DIRECTV ZONE, que incluía un texto que acompañaba a las fotografías ya descritas. El CCO consideró que con esta publicación se presentaba a Multimedia como una empresa que presta un servicio de pobre calidad y tecnología, sin que la denunciada hubiese demostrado la veracidad, exactitud y pertinencia de las afirmaciones realizadas.

## 4.4. Actos de comparación

### 4.4.1. Concepto y requisitos

El artículo 12 de la LRCD establece que la comparación supone la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta de terceros. Para ello, la alusión que efectúe el supuesto agente infractor respecto de la oferta de terceros debe ser inequívoca, ya sea de forma directa o indirecta.

Los actos de comparación se caracterizan por hacer referencia inequívoca a la oferta de uno o varios competidores con la finalidad de presentar las ventajas de la oferta de un agente económico frente a las desventajas de la oferta competidora.<sup>205</sup>

204. Resolución N° 013-2009-CCO/OSIPTEL del 22 de junio de 2009, en la demanda presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Directv Perú S.R.L. (Exp. 003-2008-CCO-ST/CD).

205. Resolución N° 0547-2004/TDC-INDECOPI del 10 de diciembre del 2003, emitida en el procedimiento seguido por The Coca Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y otro (Exp. 051-2002/CCD).

206. La descripción de estos criterios se realizaron previamente en los actos de denigración.

207. Resolución N° 041-2002/CCD-INDECOPI del 14 de mayo de 2002, emitida en el procedimiento seguido por Media Check S.A.C. contra Ibope Time Perú S.A.C. (Exp. 117-2001/CCD) y Resolución N° 0547-2004/TDC-INDECOPI del 10 de diciembre del 2003, emitida en el procedimiento seguido por The Coca Cola Company Vs. Embotelladora Don Jorge S.A.C. y otro (Exp. 051-2002/CCD).

208. Decreto Legislativo 1044 Artículo 24°.- Las autoridades.- 24.1.- En primera instancia administrativa la autoridad es la Comisión, entendiéndose por esta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y a las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI en las que se desconcentren las funciones de aquella, según la competencia territorial que sea determinada.

Las Comisiones de las Oficinas Regionales serán competentes únicamente respecto de actos que se originen y tengan efectos, reales o potenciales, exclusivamente dentro de su respectiva circunscripción de competencia territorial.

24.2.- En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal, entendiéndose por este al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

24.3.- Cualquier otra autoridad del Estado queda impedida de realizar supervisión o aplicar sanciones en materia publicitaria.

CUARTA.- Exclusividad de competencia administrativa y alcance de las excepciones.- (...)

Cuando el acto de competencia desleal que se determina y sanciona es uno que se ha desarrollado mediante la actividad publicitaria, la competencia administrativa únicamente corresponde a los órganos competentes para la aplicación de esta Ley, conforme a lo dispuesto en el Título IV, sin excepción alguna.

Es decir, a través de la comparación se busca que el consumidor pueda diferenciar ambas ofertas para elegir la que más se adecúe a sus necesidades.

Las comparaciones, en principio, se encuentran permitidas debido a que funcionan como un eficiente mecanismo de información para los consumidores, toda vez que les proporcionan mayores elementos de juicio para que puedan elegir con qué agente contratar o qué servicio o producto adquirir.

No obstante, cualquiera sea la modalidad que adopten, de por sí implican un daño al agente competidor respecto del cual se realiza la comparación, debido a la detracción potencial o real de su clientela como resultado de las diferencias que presenta uno y otro producto. Sin embargo, este daño al competidor es justificado en la medida que beneficia al consumidor.

De acuerdo con la LRCD, para que una comparación sea lícita, la información utilizada en los actos de comparación debe cumplir con los parámetros de veracidad, exactitud y pertinencia en la forma y en el fondo.<sup>206</sup> En dichos casos se permite al consumidor crearse una imagen más cercana a los atributos que en realidad ostenta un agente o sus productos o servicios<sup>207</sup> con relación a la oferta de un tercero.

Las afirmaciones que se realicen sobre las ventajas y desventajas que tiene uno u otro producto deben ser de carácter objetivo, debido a que solo la presentación de estas características puede ser comprobada por el consumidor, y por lo tanto, sujeta al estándar de veracidad que la ley exige. Por el contrario, las afirmaciones que únicamente tienen por objeto resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena basándose en opiniones o afirmaciones no comprobables, serán consideradas comparaciones subjetivas e ilícitas según la LRCD.

Las prácticas de comparación ocurren predominantemente en el contexto de la actividad publicitaria. Como ya se ha indicado previamente, los actos de competencia desleal realizados mediante alguna modalidad publicitaria son de competencia exclusiva del INDECOPI y no del OSIPTEL.<sup>208</sup> Por esta razón, son escasos los casos de comparación resueltos por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.

## 4.4.2. Controversias

### a. Telefónica contra RCP

Telefónica denunció a RCP por presuntos actos de comparación. La conducta imputada, en los términos denunciados por Telefónica, consistía en que RCP había afirmado públicamente que tenía estándares de seguridad más altos que los estándares de la red que da servicios a Telefónica, sin haber demostrado la veracidad de sus declaraciones.

Como parte de su defensa, RCP señaló que debido a que su actividad es pres-



tar únicamente servicios de valor añadido, por cuestiones de especialidad y profesionalización, tiene mejores estándares que los de Telefónica en la prestación de dichos servicios, ya que esta última es una empresa subsidiaria del servicio de valor añadido<sup>209</sup>.

En su resolución final, el CCO a cargo de la controversia declaró fundada la denuncia puesto que RCP no demostró la veracidad de la afirmación que realizó su Gerente General en la entrevista formulada por "Perú Laboral", en el sentido de que los estándares de seguridad de sus servicios eran más altos que aquellos de la red que da servicios a Telefónica.<sup>210</sup>

En apelación, la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL confirmó la resolución del CCO, señalando que por el principio de preclusión que rige el procedimiento administrativo, las pruebas extemporáneas presentadas por RCP no correspondían ser valoradas, por lo que no se demostró la veracidad de la afirmación comparativa.<sup>211</sup>

## 4.5. Acto de violación de normas

### 4.5.1. Concepto, modalidades y requisitos

El ordenamiento jurídico contempla una serie de deberes y derechos para los agentes económicos del mercado, así como la intervención del aparato estatal para garantizar su cumplimiento. Cuando las personas incumplen con las normas del ordenamiento, el Estado tiene a su disposición el ejercicio de su función punitiva, a fin de proteger el interés público perseguido por una norma específica.

Más allá de la vulneración de los intereses protegidos por una norma sancionadora en particular, la infracción de las normas por parte de un agente económico podría afectar el correcto proceso competitivo en el mercado, cuya protección es la finalidad de la norma de represión de competencia desleal. El agente que infringe una norma puede obtener una ventaja con relación a sus competidores que sí cumplen con dicha norma y que, para ello, incurren en costos que no asume la infractora. En palabras de Kresalja, en general la violación de cualquier norma es susceptible de provocar ahorros que permitan al empresario trasladarlos a la lucha concurrencial obteniendo ventajas y rompiendo el principio de igualdad, lo que calzaría bajo el supuesto de actos desleales por violación de normas.<sup>212</sup>

Atendiendo a ello, esta figura se encuentra recogida en la LRCD, que en su artículo 14 define los actos de violación de normas como aquellos que tienen 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 imperati-

209. Para ello, RCP presentó una prueba extemporánea que según dicha empresa acreditaba lo señalado en sus afirmaciones.

210. Resolución N° 018-CCO-97 del 19 de mayo de 1997, en la controversia seguida por Telefónica del Perú S.A. contra Red Científica Peruana. (Exp. 002-96).

211. Resolución N° 043-97-PD/OSIPTEL del 19 de diciembre de 1997, en la controversia seguida por Telefónica del Perú S.A. contra Red Científica Peruana (Exp. 002-96).

212. KRESALJA, Baldo. "Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitirsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas)", en: Themis 50, 2005.

213. Decreto Legislativo 1044

Artículo 14º.- 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 obtenida mediante la infracción de normas.

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

- a) Cuando se pruebe 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,
- b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60º de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.

214. En palabras de Anibal Torres, las normas imperativas son establecidas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto a quien no le está permitido dejarlas sin efecto, ni total ni parcialmente, en sus actos privados. TORRES, Anibal. "Introducción al Derecho", Tercera Edición, 2008. Editorial IDEMSA, Lima, pág. 267-268.

Por su parte, Rubio afirma que "La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria". RUBIO, Marcial. "El sistema jurídico: Introducción al Derecho". Octava Edición.

vas.<sup>213</sup> Los requisitos para que se acredite la configuración de esta práctica son los siguientes:

- (i) La infracción previa de una norma de carácter imperativo.
- (ii) Una ventaja significativa para el infractor generada a partir de dicha infracción.
- (iii) La posibilidad de valerse de dicha ventaja en el mercado.

En cuanto a la configuración de la primera circunstancia, es preciso señalar que la norma infringida debe ser una "norma imperativa", atendiendo a su naturaleza de no ser de libre disposición por parte de terceros sino de obligatorio cumplimiento para el sujeto a quien se encuentra dirigida.<sup>214</sup>

Respecto de la ventaja significativa obtenida, se debe evaluar la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas, para poder comprobar si esta ha permitido al infractor obtener un diferencial de competitividad determinante frente a sus rivales en la lucha por la clientela.<sup>215</sup> De esta manera se puede medir esta ventaja significativa en términos de disminución de costos o de acceso privilegiado a un mercado, logrados a partir del incumplimiento de la norma imperativa.

Conforme a la LRCDD, la infracción de la norma imperativa se puede acreditar en dos circunstancias: (i) cuando exista decisión previa y firme de la autoridad competente con relación a la infracción de la norma en cuestión, la cual no debe encontrarse pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa, o (ii) cuando la infracción esté referida a que quien estuviera obligado a contar con contratos, concesiones o títulos que se requieran para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia.

En lo que se refiere al primer supuesto, es decir, a la exigencia de que se trate de un acto firme y que no se haya iniciado la revisión de un acto administrativo en vía judicial a través de acción contencioso-administrativa, queda claro que lo que pretende la ley es que se tenga certeza sobre la existencia de la infracción previa, al no existir recurso de impugnación administrativa ni revisión judicial en trámite, siendo que la decisión debe tener carácter de "cosa decidida".

Sobre el segundo supuesto, cabe resaltar que la norma anterior no lo incluía expresamente como susceptible de configurar un acto de competencia desleal por violación de normas. La jurisprudencia administrativa del INDECOPI había considerado este supuesto como uno de competencia prohibida relativa que, conjuntamente con los casos de competencia prohibida absoluta no eran considerados dentro del alcance del supuesto de violación de normas.<sup>216</sup> Sin embargo, esta jurisprudencia cambió entre los años 2004 y 2005, a partir de la resolución de los casos Civa y Alfagas,<sup>217</sup> en los que se consideró que los supuestos de competencia prohibida relativa, es decir, competir en el mercado sin contar con la autorización necesaria para ello, también configu-

rababan un caso de competencia desleal por violación de normas.

Precisamente, la ley vigente ha recogido los últimos criterios jurisprudenciales en este sentido. De este modo, se restringe el supuesto de competencia prohibida (y fuera del alcance de la LRCD) solo a aquellos casos en los cuales el agente realiza una actividad económica prohibida, sea porque es ilícita o porque la ley reserva una actividad a favor de determinadas empresas, como por ejemplo a través de un monopolio legal o un derecho de exclusiva; esto es, solo a los casos de competencia prohibida absoluta, los cuales siguen siendo excluidos de la aplicación de la LRCD. Y los casos de la denominada “competencia prohibida relativa”, que son frecuentemente los casos en los que se desarrolla una actividad económica permitida pero de manera informal, están ahora incluidos expresamente en el DL 1044 como un supuesto de competencia desleal por violación de normas.<sup>218</sup>

Así, la nueva ley precisa dos aspectos que eran omitidos en la antigua ley: (i) que la norma infringida que generaba una ventaja debía ser de carácter imperativo; y (ii) que, como regla general, es necesaria la existencia de una decisión previa y firme por parte de la autoridad competente para que se acredite la infracción de la norma,<sup>219</sup> salvo que se trate de los supuestos de competencia prohibida relativa, en las que la prueba de la infracción se da con la ausencia de los títulos o autorizaciones que deberían probar la licitud de su actividad económica.

Durante varios años se ha puesto en debate si la figura de violación de normas puede constituir una afectación al principio de non bis in idem, en la medida que un

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999, pág. 109.

215. En ese sentido, nos adherimos a lo señalado por Kresalja:

“(…) no toda violación de normas por parte del competidor puede ser calificada de desleal; en primer término, la violación ha de reportar una “ventaja competitiva” en relación con los restantes operadores en el mercado que cumplan con la norma violada -representada en una disminución en los costos de producción o distribución de los productos o servicios de que se trate-, o también el acceso privilegiado a un determinado mercado. En segundo lugar, la ventaja mencionada ha de ser “significativa”, tal como dice textualmente la ley, pues solo de esa manera el infractor obtendrá un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela. Y, finalmente, el infractor tiene que valerse, es decir, hacer efectiva en el mercado esa ventaja competitiva, más allá de si ello le produce o no una “ganancia” (aunque algunos dicen que “siempre” la obtiene).”

KRESALJA, Baldo. “Comentarios al Decreto Ley N° 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal”, en: Derecho PUCP, Revista editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú,

Lima, N° 47, 1993, pág. 59.

216. En el caso Emhi contra Llama Gas tramitado bajo el Expediente N° 061-95-CPCD, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI estableció un precedente de observancia obligatoria mediante la Resolución N° 053-96-TRI-SDC del 18 de setiembre de 1996:

“No constituyen casos que caen bajo la esfera del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, los casos de competencia prohibida por el sistema legal, sea que se trate de una prohibición absoluta de competir en un mercado determinado o sea que se trate de una prohibición relativa de competir sin gozar con las autorizaciones o licencias previstas en la ley para tal efecto. En tales supuestos, las denuncias por competencia desleal deben ser declaradas improcedentes.”

217. Precedentes de observancia obligatoria del INDECOPI aprobados mediante las Resoluciones N° 0493-2004/TDC-INDECOPI (caso Turismo Civa S.A.C. contra Expreso Cial S.A.C.) y N° 0566-2005/TDC-INDECOPI, (Caso Gas LP Perú contra Alfa Gas S.A.).

218. Cabe indicar que la competencia prohibida relativa

también fue tomada en cuenta como conducta objeto de evaluación a partir de los precedentes de INDECOPI: Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI y 566-2005/TDC-INDECOPI. En ellos se señaló que la concurrencia en el mercado sin autorizaciones legales correspondientes puede ser sancionada bajo la normativa de competencia desleal. La competencia prohibida corresponde a cuando la sola concurrencia se encuentre negada y es ilícita, y por ende, no constituye competencia prohibida sino que configura un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

219. Al respecto, en la Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI del 22 de setiembre de 2004, INDECOPI emitió un precedente de observancia obligatoria estableciendo que “la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas requiere una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada”. INDECOPI sustentó este nuevo criterio sobre la base de los principios de legalidad de la potestad sancionadora y de la estabilidad de la competencia, conforme a los cuales es la autoridad legalmente competente quien deberá determinar de manera previa la existencia de una infracción del marco legal sujeto a supervisión.

220. Por ejemplo: RIVERA, Alfonso. "Violación de normas". En: PASQUEL, Enrique y Otros (Eds.). *El Derecho de la Competencia Desleal*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007.

221. En el mismo sentido, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1044 señala: "Así con la definición establecida en el Decreto Legislativo, se distingue claramente la naturaleza de la infracción por violación de normas; de las infracciones declaradas por las autoridades sectoriales competentes, evitando la configuración del non bis in idem, ya que las autoridades sectoriales sancionarán la directa infracción a las normas que administran y mediante la declaración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se sancionará únicamente cuando dicha infracción, declarada así por la autoridad competente, haya generado una ventaja competitiva significativa en beneficio del infractor."

222. "El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.º 6) a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido". (subrayado añadido). Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de abril de 2003 (Exp. 2050-2002-AA/TC).

mismo sujeto es sancionado por una misma conducta por el órgano administrativo correspondiente (sea de derechos de autor, tributario, laboral, de telecomunicaciones o cualquier otro) y, posteriormente, por la agencia de competencia, INDECOPI o el OSIPTEL, según fuese el caso.<sup>220</sup> No obstante, la tipificación del acto de violación de normas como conducta desleal se basa en que protege un bien jurídico distinto al que protege la norma imperativa infringida, a saber, el proceso concurrencial sin interferencias "desleales", sancionando una distorsión al proceso de competencia cuando el competidor se vale de medios contrarios a la buena fe empresarial.<sup>221</sup>

Dentro de esta perspectiva, al tratarse de bienes jurídicos diferentes (bien jurídico protegido por la norma imperativa y el bien jurídico referido a la competencia leal), no estaríamos ante un caso de *bis in idem*<sup>222</sup>. Esto ha sido evaluado por las instancias de solución de controversias en dos casos que reseñaremos más adelante.

Finalmente, en adición a los supuestos previamente señalados, la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece como actos de competencia desleal por violación de normas aquellos casos en que las entidades del Estado desarrollen actividad empresarial fuera de los parámetros establecidos por el artículo 60° de la Constitución Política del Perú.<sup>223</sup> Esta figura referida a la actividad empresarial del Estado no requiere que se demuestre la obtención de una ventaja significativa por parte de la entidad estatal que la realiza. Por su parte, dicho artículo establece la necesidad de contar con autorización por ley expresa, motivo por el cual se descartaría autorizaciones tácitas u obtenidas mediante interpretaciones análogas o extensivas de la habilitación original.<sup>224</sup>

## 4.5.2. Controversias

El acto de violación de normas ha sido una de las conductas desleales más recurrentes ante las instancias de solución de controversias del OSIPTEL. La gran mayoría de los casos de violación de normas está vinculada a controversias entre operadoras del servicio de televisión por cable, en las que se denunciaba que sus empresas competidoras habían obtenido una ventaja ilícita en el mercado, principalmente, como resultado de: (i) la infracción a las normas de derechos conexos de autor (retransmisión de señales ilícita o "piratería de señales"), (ii) la infracción a las normas de homologación de equipos del MTC, y/o (iii) no contar con concesión para la prestación de servicio de radiodifusión por cable. Los procedimientos referidos a la competencia desleal por piratería de señales fueron los más frecuentes.

Para revisar algunas de las controversias más relevantes, las dividiremos en tres momentos distintos: etapa anterior a la entrada en vigencia de la LRCD, y la etapa dentro del ámbito de la LRCD.

## a. Etapa previa a la entrada en vigencia de la LRCD

**a.1. Telefónica contra RCP.**- Telefónica demandó a RCP ante el OSIPTEL por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la medida que RCP, empresa de telecomunicaciones autorizada para prestar servicios de valor añadido, prestaba servicios de larga distancia nacional e internacional sin contar con la correspondiente concesión. Telefónica señaló que RCP se aprovechaba de dicha situación al ofrecer el servicio con una reducción tarifaria que le otorgaba una ventaja competitiva en perjuicio de las empresas que sí contaban con concesión.

Al respecto, el CCO consideró que casos semejantes eran tratados por la jurisprudencia y la doctrina, no como actos de competencia desleal, sino de competencia prohibida. Conforme a ello, la demanda debía ser desestimada por ser improcedente, en la medida que la conducta denunciada por Telefónica no era pasible de ser evaluada dentro del ámbito de la normativa de represión de la competencia desleal. Sin embargo, el CCO consideró relevante evaluar la naturaleza de la conducta denunciada a fin de determinar si podía constituir un supuesto de competencia prohibida para derivar el expediente al MTC. Para ello correspondía determinar si RCP venía realizando una actividad para lo que se requería título habilitante otorgado por el Estado (algún servicio público de telecomunicaciones) sin contar con el mismo, o si por el contrario, se encontraba habilitada para desarrollar tal actividad.

En el procedimiento se determinó que RCP se limitaba a proveer el servicio de acceso a internet, para lo cual contaba con el certificado de Registro<sup>225</sup> para poder brindar dicho servicio de valor añadido. De otro lado, RCP comercializaba el equipo APLIO,<sup>226</sup> para lo cual no existía ningún impedimento y, asimismo, dicho extremo no había sido cuestionado por Telefónica. Al respecto, un usuario de RCP al cual se le proveía el acceso a internet, en caso adquiriese dicho equipo, tenía la posibilidad de poder realizar comunicaciones por voz. No obstante, el CCO indicó que RCP, como cualquier proveedor de acceso a internet (internet service provider o ISP) no tiene injerencia alguna en el uso que cada usuario realice del servicio de acceso a internet que tiene contratada con ella, siendo que podría efectuar comunicación por voz, sin participación del ISP, ni el pago de una contraprestación tarifaria.

De otro lado, conforme a la Ley de Telecomunicaciones, como todos los servicios públicos, el servicio telefónico tiene las siguientes características: (i) que haya sido definido como tal en el Reglamento de la Ley, (ii) que esté a disposición del público en general, y (iii) que su prestación se realice a cambio de una contraprestación tarifaria. Al respecto, el CCO señaló que una comunicación por internet utilizando un equipo APLIO no genera una contraprestación tarifaria directa y distinta (que la del acceso a internet), por lo que no resultaría posible su definición como servicio público de telecomunicaciones. En ese sentido, RCP no brindaba el servicio de telefonía de larga distancia ni requería una concesión para brindar servicios públicos de telecomunicaciones, solo el servicio de acceso a internet para lo cual sí

223. Constitución Política del Perú Artículo 60º.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

224. Ver precedente de observancia obligatoria emitido por el INDECOPÍ sobre la materia: Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPÍ del 29 de noviembre de 2010 (Caso Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad del Altiplano de Puno). En este precedente se señalan los criterios principales que deben seguirse para sancionar a una entidad o empresa del Estado por Competencia Desleal por Violación del Principio de Subsidiariedad, entre estos: (i) Se debe estar ante una actividad empresarial, (ii) Autorización por Ley Expresa, (iii) El carácter subsidiario.

Dos buenos enfoques con relación a esta figura pueden verse en: BULLARD, Alfredo. "El Otro Pollo. La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad", en: Derecho de la Competencia. Revista de Derecho Administrativo N°10, Tomo II, CDA, 2011; y, DIEZCANSECO, Luis y BULEJE, Crosby. "Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPÍ", en: Derecho de la Competencia. Revista de Derecho Administrativo N°10, Tomo II, CDA, 2011.

225. Registro de Empresas Prestadoras de Servicios de Valor Añadido.

226. El APLIO era un equipo con un software y un módem que permite realizar una comunicación de voz por internet.

227. Resolución N° 012-CCO-99 del 6 de setiembre de 1999, en la controversia seguida por Telefónica del Perú S.A.A. contra Red Científica Peruana (Exp. 002-99).

228. Con relación a la ventaja significativa obtenida, observamos que si bien esta será medida en función de la mejor posición competitiva que genere para el infractor el incumplimiento de la norma imperativa; no se han propuesto criterios claros para determinar cuándo una ventaja en el mercado es significativa. Este es uno de los principales cuestionamientos que genera esta figura, porque la definición de la "significancia" siempre quedará a discrecionalidad de la autoridad que resuelve (para el caso en particular, el OSIPTEL).

229. Resolución N° 012-2002-CCO/OSIPTEL del 16 de setiembre de 2003, en la controversia seguida por Cable Visión S.R.L. contra Televisión Satelital E.I.R.L. (Exp. 002-2003-CCO).

230. La denuncia presentada por Cable Visión no habría incluido en el petitorio que se imponga una sanción por una supuesta violación de la normativa referida a la homologación de equipos emitida por el MTC, lo cual recién se solicitó en sus alegatos al Informe Instructivo emitido por la Secretaría Técnica. Por ello, se denegó la solicitud de Cable Visión de actuar medios probatorios adicionales y de incluir en el procedimiento esta supuesta nueva infracción que constituía una ampliación de su denuncia y que resultaba improcedente considerando la etapa del procedimiento en que se había realizado la misma (etapa resolutoria). Sin embargo, cabe indicar que en diversos casos también se

contaba con el registro correspondiente.

Conforme a ello, la Resolución Final declaró improcedente la demanda interpuesta por Telefónica contra RCP por supuestos actos de competencia desleal bajo la modalidad de violación de normas. Asimismo, al haberse verificado que, incluso, la conducta demandada tampoco constituía un supuesto de competencia prohibida, el CCO no consideró necesario derivar el procedimiento al MTC.<sup>227</sup>

### a.2. Cable Visión contra Televisión Satelital

Cable Visión S.R.L. (Cable Visión) demandó a la empresa Televisión Satelital E.I.R.L. (Televisión Satelital) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI (CCD) por la presunta comisión de actos de competencia desleal por la retransmisión de las señales de los canales FOX SPORTS, SPACE, MULTIPREMIER y ESPN, mediante el sistema de DIRECTV (equipos de DIRECTV) sin contar con las licencias respectivas, mediante lo cual habría obtenido una ventaja competitiva ilícita y significativa respecto de sus competidores en el mercado de televisión por cable, toda vez que no habría asumido los costos que implica el pago de las licencias correspondientes.

La CCD declaró improcedente la denuncia en lo referente a posibles actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas y remitió lo actuado a OSIPTEL por considerar que INDECOPI no era el órgano competente para conocer dicha denuncia.

En este caso, el CCO a cargo de la controversia señaló que para determinar si se había producido la infracción de una norma, OSIPTEL solicitaría la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar la norma respectiva, sin que la misma sea requisito de admisibilidad. El CCO solicitó un informe a la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI (ODA), la cual señaló que los hechos que se estaban evaluando en el procedimiento eran calificados como una infracción a la normativa de Derechos de Autor. Sin embargo, como se observa de la resolución final, no existía una decisión previa y firme del Indecopi sobre la materia, en la medida que no había sido tramitado un procedimiento por infracción a la normativa de derechos de autor en el fuero de INDECOPI.

No obstante, el CCO realizó el análisis de las normas de derechos de autor vulneradas, determinando que sí existían actos de "piratería de señales". El CCO determinó que la prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable sin las autorizaciones respectivas vulneraba el derecho de los titulares de las obras audiovisuales que se reproducían en ellas, o de quienes hubieran adquirido tales derechos.

Luego, en cuanto a la ventaja significativa, el CCO señaló lo siguiente:

Corresponde indicar que tal como lo ha señalado la doctrina, para que la violación de normas por parte de un competidor pueda ser calificada de desleal, es necesario que dicha violación genere al infractor una ventaja competi-

tiva con relación a los demás competidores que concurren en el mercado cumpliendo con la norma vulnerada, reflejada en la disminución de los costos de producción o distribución del infractor. Así, la referida ventaja tiene que ser significativa, debiendo el infractor obtener un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela.<sup>228</sup>

En el marco de dicha definición se realizó el segundo paso del análisis, esto es, la determinación de la ventaja significativa obtenida por la infractora frente a su competidora que sí habría cumplido con abonar el pago de los derechos correspondientes. El CCO concluyó que esta ventaja existió y se encontraba comprendida en el “ahorro” por las licencias dejadas de pagar a los canales FOX SPORTS, SPACE y ESPN.

Conforme a ello, el CCO sancionó a Televisión Satelital con una multa de 3 UIT y le ordenó el cese definitivo de los actos de competencia desleal materia de sanción.<sup>229</sup> Por último, se ordenó remitir las partes pertinentes del expediente al MTC para que este evalúe alguna posible infracción a las normas sobre homologación de equipos cuya supervisión de cumplimiento le ha sido encomendada por ley.<sup>230</sup>

La resolución del CCO fue apelada y, en segunda instancia, el TSC declaró infundada la apelación confirmando el extremo referido a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, reduciendo el monto de la multa impuesta de 3 a 1.5 UIT, toda vez que la denunciada realizó pagos parciales a los titulares de las señales, siendo la ventaja significativa menor.<sup>231</sup>

### a.3. Televisora TLS Chapén contra Enélida Cabanillas Alayo De Gonzales

Televisora TLS Chapén S.A.C. (TLS Chapén) y Enélida Cabanillas Alayo De Gonzales (la Sra. Cabanillas) son empresas de servicios de televisión por cable en Chapén. TLS Chapén denunció a la señora Cabanillas por la retransmisión de los canales TNT y Cartoon Network, y posiblemente Film Zone, sin contar con las autorizaciones correspondientes. Estas señales eran transmitidas por equipos Directv, no homologados para dicho fin. A razón de ello, la Sra. Cabanillas habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a las normas de derechos de autor y de homologación de equipos, reflejada en un perjuicio para TLS Chapén que habría perdido clientes, y en un ahorro de costos para la Sra. Cabanillas. Al respecto, la Sra. Cabanillas interpuso una reconvención contra TLS Chapén por diversos actos de competencia desleal, entre los que incluyó también a los actos de violación de normas por retransmisión ilícita de señales y el uso de equipos no homologados por el MTC, obteniendo una ventaja competitiva ante sus competidores.

En cuanto a la supuesta violación de normas alegada en la denuncia por parte de TLS Chapén, así como en la reconvención planteada por la Sra. Cabanillas, el CCO declaró improcedentes dichos extremos indicando que mediante las normas de competencia desleal se sanciona la ventaja competitiva obtenida por el infractor de una norma, por

sancionó a las empresas por la violación de la normativa de homologación, en la medida que era usual que las empresas de cable informales que “pirateaban señales” también utilizaban equipos no homologados por el MTC.

En relación a dicha infracción, el numeral 1 del artículo 88 de la Ley de Telecomunicaciones - Decreto Supremo N° 013-93-TCC, establece que constituye una falta grave la instalación de equipos o terminales no homologados por el MTC, de señales a sus usuarios, podían vulnerar lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones.

231. Resolución N° 039-2003-TSC/OSIPTEL del 10 de diciembre de 2003, en la controversia seguida por Cable Visión S.R.L. contra Televisión Satelital E.I.R.L. (Exp. 002-2003-CCO).

lo cual no correspondía al CCO sancionar la existencia de infracciones a los derechos de autor, sino al órgano competente, remitiendo así el expediente al INDECOPI, a efectos de que evalúe la existencia de posibles infracciones a la Ley de Derecho de Autor.<sup>232</sup>

En el caso del uso de equipos Directv se señaló que dicha conducta no constituía una infracción a la normativa sectorial de telecomunicaciones. Ello, en la medida que, al ser equipos pasivos de recepción de señal de satélite, se encontraban dentro de la regla de exclusión del Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones.<sup>233</sup> Es decir, a partir de la emisión de dicho Reglamento, la utilización de los equipos para descargar las señales de los canales de televisión por cable (por ejemplo, equipos Directv), no constituiría infracción a la normativa de telecomunicaciones<sup>234</sup>, a diferencia del período anterior en que sí lo era.

A partir de este caso, las instancias de solución de controversias modifican jurisprudencialmente el sentido de sus resoluciones, al señalar que el OSIPTEL solo se podrá avocar al conocimiento de casos sobre actos de violación de normas cuando exista un pronunciamiento previo y firme de la autoridad competente, apartándose del criterio establecido en los Lineamientos que los Cuerpos Colegiados deberán evaluar en cada caso si los hechos pueden o no constituir una violación al marco legal vigente.

232. Resolución N° 011-2006-CCO/OSIPTEL del 20 de setiembre de 2006, en la controversia seguida por Televisora TLS Chepén contra Enéida Cabanillas Alayo De Gonzales (Exp. 13-2005-CCO-ST/CD).

233. Aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2006-MTC que entró en vigencia el 22 de enero de 2006.

234. En el procedimiento, el MTC señaló mediante Oficio N° 292-20A06-MTC/18 del MTC lo siguiente:

“(…) los equipos de recepción de DIRECTV (receptor-decodificador y antena receptora) no requieren de homologación por no encontrarse dentro de los supuestos de la norma acotada. Asimismo, con respecto a equipos como antenas y/o tarjetas de DIRECTV (entiéndase tarjetas decodificadoras) dichos equipos se encuentran expresamente excluidos de la obligación de homologación conforme a lo previsto en el artículo 5° numeral 5.4 del Reglamento.”

235. Resolución N° 001-2007-CCO/OSIPTEL del 23 de marzo de 2007, en la controversia seguida por TV Cable Catacaos E.I.R.L. contra Televisión Laredo E.I.R.L. (Exp. 001-2007-CCO-ST/CD).

#### a.4. TV Cable Catacaos contra Televisión Laredo

TV Cable Catacaos E.I.R.L. (TV Cable Catacaos) denunció a Televisión Laredo E.I.R.L. (TV Laredo) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en el mercado de la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, consistentes en la recepción y transmisión de señales de diversos canales de cable (UTILISIMA SATELITAL, ESPN, BOOMERANG, CARTOON NETWORK, entre otras) sin la autorización de los titulares de dichas señales, utilizando equipos no homologados e incumpliendo con sus obligaciones tributarias.

Asimismo, TV Cable Catacaos también denunció la supuesta infracción a las normas sobre Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones por parte de TV Laredo en la medida que no brindaba a sus usuarios el detalle exhaustivo de las señales de programación que transmitía.

Al respecto, en el caso de la utilización de equipos no homologados y la supuesta infracción a las normas sobre Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, el CCO determinó que no se encontraban previstas normativamente las obligaciones que, según la denunciante, habían sido incumplidas por TV Laredo. Por su parte, en lo que se refiere a las presuntas infracciones tributarias y a la norma de derechos de autor, no se acreditó que existiera la decisión previa y firme de la SUNAT y la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, respectivamente. En ese sentido, el CCO declaró Improcedente la denuncia en la medida que no se había acreditado por parte de las autoridades competentes la infracción de las normas denunciadas.<sup>235</sup>

Por ello, se remitió la información relevante a la SUNAT, el INDECOPI y el MTC,



a fin de que evalúen la existencia de infracciones a las normas de su competencia, dejando expedito el derecho de la denunciante de recurrir al OSIPTEL, luego de que la administración competente determinase de manera firme la existencia de infracciones, para que proceda a realizar el análisis y verificación de la ventaja competitiva obtenida por la infractora de dichas normas.

Por lo que respecta a la importancia de que se acredite la decisión previa y firme en los casos de violación de normas, el CCO señaló lo siguiente:

“Este Cuerpo Colegiado considera necesario aplicar un único criterio en la tramitación de todos los casos de actos de competencia desleal por violación de normas, sin hacer diferencias entre aquellos que implican mayor o menor nivel de complejidad en la calificación de infracciones. Ello, considerando que los casos sometidos a conocimiento de los Cuerpos Colegiados por actos de violación de normas en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones involucran no sólo la mera verificación de hechos, sino la calificación de tales hechos como infracciones, actividades que deben ser efectuadas por aquella entidad encargada de la supervisión de la norma infringida y que, además, cuenta con la especialización necesaria para pronunciarse en ese sentido.

Asimismo, debe resaltarse que la importancia de contar con un pronunciamiento firme y previo respecto de la existencia de la infracción que habría generado la ventaja significativa, surge también por la necesidad de evitar la generación de fallos contradictorios dentro del sistema legal, con los consiguientes perjuicios a la seguridad jurídica que ello ocasionaría”.

Observamos que, a diferencia del caso Cable Visión contra Televisión Satelital, el CCO decidió no analizar la existencia de infracciones a la Ley de Derechos de Autor ni los supuestos actos de evasión tributaria, en la medida que debían ser materia de evaluación previa por parte de las autoridades competentes.

## **b. Etapa bajo el ámbito de la LRCD**

### **b.1. Multimedia contra TVS Satelital**

Multimedia, empresa de televisión por cable a nivel nacional, denunció a TVS Satelital S.A.C. (TVS Satelital), empresa de televisión por cable en la ciudad de Iquitos, por supuestamente haber obtenido una ventaja significativa ilícita derivada de la infracción de los derechos de autor al haber retransmitido en su parrilla la señal de Cable Mágico Deportes (CMD), canal exclusivo de Multimedia, sin contar con autorización para ello.

En su Informe Instructivo, la STCCO concluyó que: (i) la normativa de derechos de autor infringida tenía carácter imperativo, (ii) había quedado acreditada la decisión previa y firme del INDECOPI (como autoridad competente de la normativa de derechos de autor) y que la misma no se encontraba en disputa en la vía contencioso administrativa, (iii) TVS Satelital había tenido acceso no autorizado a la señal de CMD y que el mismo le habría generado un ahorro de costos; y, (iv) dicho acceso

ilícito y el supuesto ahorro lo habría colocado en una mejor posición competitiva en comparación con sus competidores en Iquitos.

En sus alegatos, TVS Satelital señaló que no se habría acreditado una ventaja significativa por parte de la Secretaría Técnica. En efecto, conforme a la cantidad de abonados de TVS Satelital en el período de la infracción, no hubo un incremento significativo y tampoco se habría determinado la posición de TVS Satelital frente a sus competidores, por ende no habría ventaja competitiva significativa. Alegó también que la señal de CMD también era transmitida por Cable Visión, por lo que la retransmisión realizada por TVS Satelital no podría haberla puesto en mejor posición competitiva. Finalmente, señaló que se estaría redundando en la infracción a la normativa de derechos de autor en la medida que la imposición de una nueva sanción basada en un daño potencial por la misma conducta ilícita (transmisión de señales sin autorización) vulneraría el principio de non bis in idem.

En su resolución final, como cuestión previa, el CCO señaló que es posible que una misma conducta lesione a más de un bien jurídico, pudiéndose de esta manera contravenir a más de una norma. En ese caso, la sanción impuesta por INDECOP responde a una contravención a las normas de derechos de autor, mientras que la que se evaluó en el presente caso es una contravención a la LRCD, la cual tiene como finalidad proteger el proceso competitivo.<sup>236</sup>

En el análisis de la conducta de TVS Satelital, el CCO coincidió con lo señalado por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo; sin embargo, precisó algunos puntos al evaluar los alegatos de TVS Satelital. Al respecto señaló que la condición de ilicitud no exigía un daño efectivo, sino que Multimedia no brindaba a la fecha a ningún competidor sus señales exclusivas, TVS Satelital tuvo un acceso “privilegiado” que no le correspondía y que ninguno de sus competidores en el mercado tenía (excepto la propia Multimedia), generándose una ventaja frente a los otros. Debido a que Multimedia no otorgaba estas señales exclusivas en el período de realización de la conducta analizada, el CCO hizo un símil con contratos suscritos por Multimedia con otras empresas en períodos anteriores en los cuales esta empresa sí cedía sus señales, los cuales tenían siempre un precio base mínimo que se tomó en cuenta para señalar cuánto es lo que se habría ahorrado TVS Satelital en el período de infracción. El CCO determinó que dicho ahorro constituía alrededor del 24% de sus ingresos mensuales, lo que fue considerado como un ahorro significativo.

Conforme a ello, el CCO consideró que el acceso “privilegiado” a las señales exclusivas de Multimedia y el ahorro de costos obtenido conllevaba una clara ventaja para TVS Satelital y era pasible de producir un perjuicio a Multimedia y a las otras competidoras de TVS Satelital en el mercado de Iquitos, generándose convicción de que la práctica realizada por TVS Satelital era un medio idóneo para obtener ventaja y valerse de dicha infracción en el mercado. En ese sentido, concluyó que el acceso ilícito a las señales de CMD y el ahorro obtenido colocó a TVS Satelital en una mejor

236. Resolución N° 015-2012-CCO/OSIPTEL del 16 de abril de 2012, en la controversia seguida por Telefónica Multimedia S.A.C. contra TVS Satelital S.A.C. (Exp. 003-2011-CCO-ST/CD). Un caso similar en el que se evaluaron las mismas consideraciones que en este caso es el tramitado en el Expediente 004-2011-CCO-ST/CD, Telefónica Multimedia S.A.C. contra Ernesto Justino Ñaupari Lino (Ver Resolución N° 008-2012-CCO/OSIPTEL).

posición competitiva en relación con sus competidores, de la cual pudo valerse en el mercado de cable de la ciudad de Iquitos y, por ende, que TVS Satelital obtuvo una ventaja significativa mediante la infracción de las normas de derecho de autor. Sin embargo, en la medida que no hubo una afectación real en el mercado, el CCO sancionó la conducta de TVS Satelital como una infracción leve.<sup>237</sup>

### **b.2. Municipalidad Distrital de Puente Piedra contra Telefónica**

La Municipalidad Distrital de Puente Piedra (Municipalidad) denunció a Telefónica debido a que habría desplegado infraestructura (postes, cámaras, canalización, etc.) en su jurisdicción sin haber contado con las autorizaciones municipales ni la conformidad de obra correspondiente, beneficiándose mediante el ahorro de dichos costos y logrando una ventaja competitiva ilícita en el mercado de telecomunicaciones nacional. Asimismo, indicó que Telefónica debería acreditar el número de proyectos que corresponden a los elementos de infraestructura que pretendía regularizar y que fueron colocados violando normas imperativas.

Al respecto, el CCO consideró necesario que la Municipalidad detalle específicamente las normas imperativas supuestamente infringidas por Telefónica y que presente las decisiones que hayan agotado la vía administrativa y, que no hayan sido materia de acción contencioso administrativa. Además, requirió a la Municipalidad que presente el histórico de solicitudes de TDP de las autorizaciones y/o conformidades de obra para desplegar infraestructura de telecomunicaciones en la jurisdicción de Puente Piedra, que precise los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en su escrito de denuncia, entre otra documentación que se consideró relevante para esclarecer los hechos y la presunta conducta de Telefónica. Sin embargo, la Municipalidad no cumplió con subsanar las observaciones y el CCO rechazó la denuncia y dispuso el archivo de lo actuado.<sup>238</sup>

No obstante ello, el CCO consideró oportuno pronunciarse por la calidad procesal de la Administración Pública como denunciante en el marco de un procedimiento de competencia desleal, destacando la “legitimidad para obrar abierta” que recoge la LRCD, siendo jurídicamente posible que sea una entidad administrativa denunciante y parte en una controversia en materia de competencia desleal.

## **4.6. Actos de Sabotaje**

### **4.6.1. Concepto y requisitos**

El artículo 15 de la LRCD prohíbe el deterioro injustificado del proceso productivo, comercial o empresarial de otro agente a través de la interferencia en las relaciones con-

237. Cabe indicar que la sanción fue apelada por Multimedia; sin embargo, en segunda instancia, el TSC declaró improcedente dicho recurso toda vez que no se habría cuestionado un extremo de la resolución que le haya ocasionado agravio a la recurrente. En ese sentido, dispuso como precedente de observancia obligatoria que cuando se trate de procedimientos ante las instancias de solución de controversias entre empresas del OSIPTEL, iniciados a solicitud de parte y que involucren la comisión de una infracción, no resulta procedente que mediante un recurso impugnatorio el denunciante no sancionado cuestione el ejercicio de la potestad sancionadora de dichas instancias de solución de controversias, sea por la naturaleza o calificación de la sanción impuesta al otro administrado o sobre su cuantía; toda vez que el denunciante no sancionado no es agraviado con dicho acto administrativo. (Resolución N° 005-2012-TSC/OSIPTEL del 22 de julio de 2012, en la controversia seguida por Telefónica Multimedia S.A.C. contra TVS Satelital S.A.C.).

238. Resolución N° 003-2013-CCO/OSIPTEL del 4 de marzo de 2013, en la controversia seguida por la Municipalidad Distrital de Puente Piedra contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 001-2013-CCO-ST/CD).

239. EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. El boicot como Acto de Competencia Desleal contrario a la Libre Competencia. Madrid: Civitas, 2000, pág.186.

240. Conforme a la LRCD, este tipo de conductas son desleales en la medida que no sean el resultado natural de la competencia en el mercado, sino que representen un entorpecimiento de la actividad económica del competidor por medios distintos a la eficiencia económica.

Asimismo, este criterio se adoptó en la Resolución N° 101-2006/CCD-INDECOPI del 21 de junio de 2006, en el procedimiento iniciado por Banco del Trabajo S.A. contra Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A. (Exp. 151-2004/CCD).

“El daño que se generan las empresas concurrentes en el mercado, debido a su pugna por ser más eficientes y captar los recursos que requieren, es un daño deseable y lícito, pues fomenta y premia a la empresa más eficiente ante otras competidoras, generando en el sistema económico niveles agregados de eficiencia social que, en última instancia, siempre benefician al consumidor, quien recibe mejores ofertas para satisfacer sus necesidades”

241. Resolución N° 1228-2011/SC1-INDECOPI del 30 de junio de 2011, emitida en el procedimiento iniciado por Unión Peruana de Productores Fonográficos contra Asociación Peruana de Autores y Compositores (Exp. 002-2010/CCD).

242. Resolución N° 1228-2011/SC1-INDECOPI del 30 de junio de 2011, emitida en el procedimiento iniciado por Unión Peruana de Productores Fonográficos contra Asociación Peruana de Autores y Compositores (Exp. 002-2010/CCD).

tractuales que el competidor mantenga con sus clientes, proveedores, trabajadores y otros colaboradores, para que estos incumplan alguna obligación esencial, o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.

A través de los actos de sabotaje o boicot, el infractor busca una mejora en su posición en el mercado induciendo a otros sujetos a que cancelen las relaciones comerciales que mantienen con un agente económico o interfiriendo en el normal desarrollo de sus actividades, en lugar de potenciar sus propias prestaciones como correspondería.<sup>239</sup> De esta forma, el infractor obtiene una ventaja sustancial empleando mecanismos distintos a la eficiencia competitiva.

Si bien bajo los alcances de esta práctica pueden analizarse todas aquellas conductas que impliquen la injerencia de un tercero en los procesos o actividades de otro agente económico<sup>240</sup>; en principio, conforme a lo establecido en el artículo 15, tales conductas deben presumirse lícitas si tienen como resultado que los clientes, proveedores o trabajadores del competidor obtengan mejores condiciones de contratación por parte de dicho tercero, como parte del proceso competitivo por eficiencias.

Efectivamente, la referida disposición establece expresamente que los actos de interferencia que se basen en una situación de competencia por eficiencias, como lo sería dar mejores ofertas a los clientes, u ofrecer un mejor puesto a un trabajador, no resulta sancionable, pues ello redundaría en una mayor utilidad para el mercado.<sup>241</sup>

Para la configuración de esta práctica no se requiere que la interferencia en las relaciones comerciales sea producida por un agente que se encuentre en relación de competencia directa, sino basta que el sujeto activo de la infracción sea un agente económico que perciba algún beneficio derivado de la conducta obstruccionista.<sup>242</sup> Por otra parte, el sabotaje no necesariamente se tiene que producir mediante una interferencia en relaciones contractuales, sino que esta se puede poner de manifiesto a través de cualquier intromisión indebida y dañina en los procesos productivos o comerciales de otro agente económico.<sup>243</sup>

Los denominados actos de boicot pueden estar dirigidos contra un competidor y ser eficaces para generar un efecto obstruccionista o hasta excluyente en un determinado mercado. No obstante, los actos de boicot también pueden tener efectos sobre un cliente real o potencial del afectado, o incluso sobre los propios clientes del infractor. En el primer supuesto, el boicot puede generar que el cliente real o potencial decida interrumpir o no establecer relaciones contractuales con un competidor del infractor; en el segundo supuesto, el efecto del boicot podría ser dificultar que el cliente del infractor extinga su vínculo contractual, con el fin de evitar o desalentar que el cliente entable nuevas relaciones contractuales con un competidor.<sup>244</sup>

## 4.6.2. Controversias

### a. Virtual Service contra Wi-Net

En esta controversia, ya comentada en un acápite anterior,<sup>245</sup> también se denunció

a Wi Net por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de inducción a la infracción contractual –en particular, inducción a la terminación regular de un contrato–, figura recogida en la antigua ley de represión de la competencia desleal<sup>246</sup>. En la actualidad, esta figura se encuentra subsumida dentro de los denominados actos de sabotaje dentro de la vigente LRCD.

La conducta denunciada consistía en que Wi Net había remitido cartas a los clientes que compartía con Virtual Service, en las que se les proponía que resuelvan los contratos suscritos con esta última para posteriormente contratar directamente con Wi Net, induciéndolos a terminar dichos contratos, pese a que los mismos aún estaban vigentes y eran válidos.

Como medio probatorio, la denunciante presentó una de las cartas enviada a los clientes, que incluía el siguiente texto:

**"Debido a razones de índole comercial, la relación que mantenemos con VIRTUAL SERVICE Perú sufrirá drásticos cambios que pueden a su vez afectar el servicio que usted recibe de dicha empresa a través de nuestra infraestructura, por lo que consideramos que es del mejor interés de su empresa contratar el servicio que usted tiene directamente con nosotros a fin de mejorar la calidad que usted actualmente goza y contar con condiciones de confiabilidad y continuidad que sólo nosotros podemos garantizarle."** (Las negritas están en el texto, el subrayado es agregado)

Fuente: Expediente 003-2008

Wi Net como parte de su defensa argumentó que lo único que pretendía era rescatar la mayor cantidad de clientes atendidos por Virtual Service mediante la adopción de una estrategia preventiva destinada a evitar mayores pérdidas y retener a clientes finales a través de medios legítimos y enmarcados en la buena fe, lo que según Wi Net, sería siguiendo los términos del contrato suscrito con Virtual Service.

En su resolución final,<sup>247</sup> el CCO determinó que Wi-Net incurrió en infracción, al acreditarse que envió cartas a los clientes de Virtual Service advirtiéndoles de los drásticos cambios que sufriría la relación contractual entre ambas empresas y que podría afectar el servicio que recibían de Virtual Service, recomendándoles por ello contratar directamente con Wi-Net. El CCO consideró que se había probado también el propósito de Wi-Net de eliminar a su competidor, al actuar a sabiendas de que su conducta podía afectar la relación que Virtual Service mantenía con sus clientes e incluso generar que dicha empresa salga del mercado.

En apelación, el TSC confirmó la resolución del CCO, señalando que de acuerdo con la documentación recopilada durante el procedimiento se puede concluir que la carta remitida por Wi Net a los clientes de Virtual Service consiguió afectar el normal desarrollo económico de la empresa denunciante, así como la relación que esta mantenía con sus clientes, posibilitando incluso que esta empresa salga del mercado al no tener a quien ofrecer sus servicios.<sup>248</sup>

243. En la antigua ley de represión de competencia desleal, Decreto Ley 26122, solo se sancionaba la interferencia por un tercero en la relación contractual ajeno, bajo la figura de la inducción a la infracción contractual. El DL 1044 recoge la práctica de sabotaje empresarial, como una conducta desleal de mayor amplitud, señalando que puede configurarse a través de cualquier tipo de intromisión en los procesos o actividades de otro agente económico y no solo a través de la interferencia contractual.

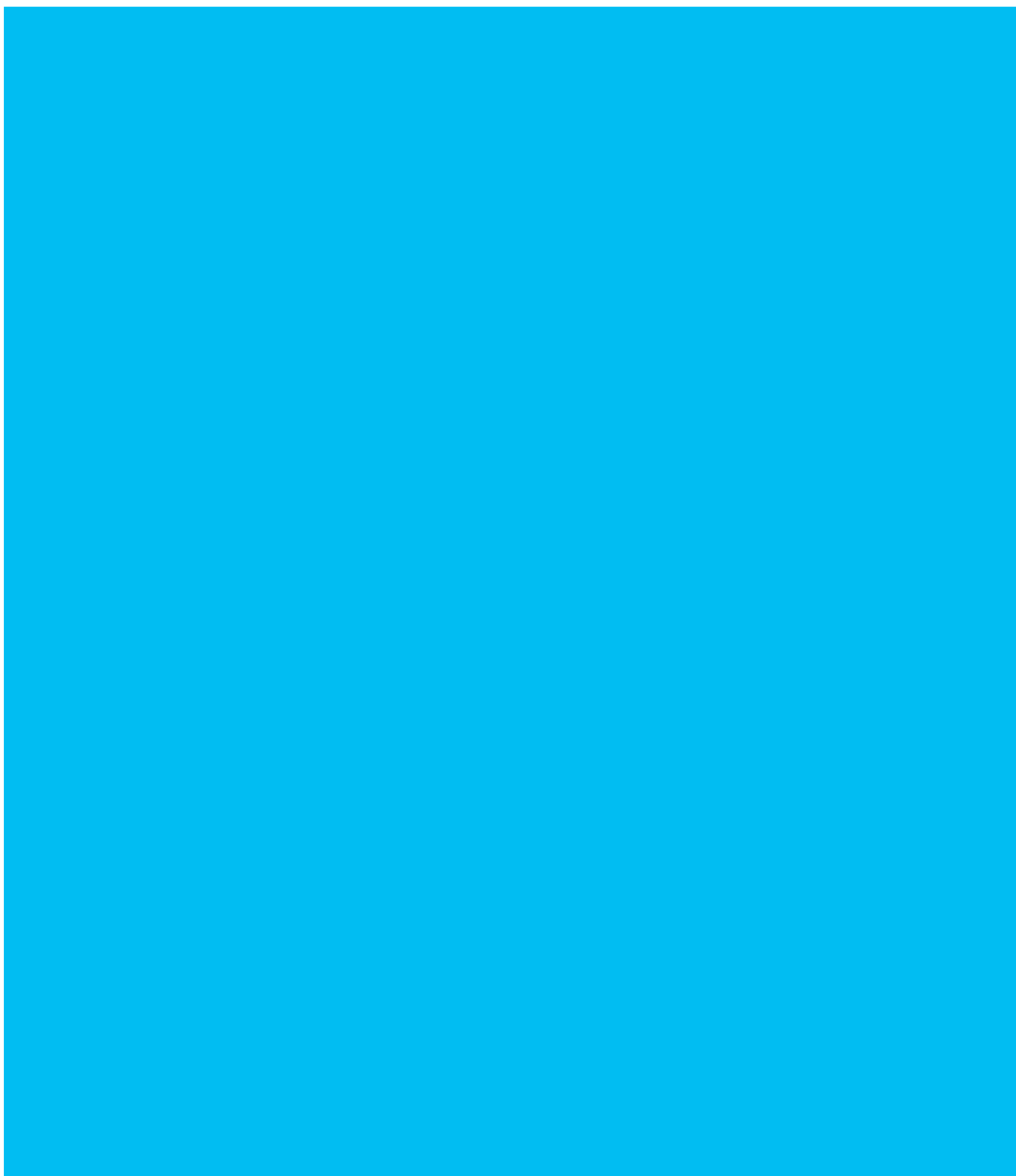
244. Así, en la controversia iniciada por el Banco del Trabajo contra Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo, esta última habría impedido u obstaculizado que sus clientes pudiesen cancelar sus deudas con la finalidad de evitar que estos puedan contratar un nuevo crédito con el Banco de Trabajo. Resolución N° 101-2006/CCD-INDECOPI del 21 de junio de 2006, en el procedimiento iniciado por Banco del Trabajo S.A. contra Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A. (Exp. 151-2004/CCD).

245. En esta controversia también se denunció por infracción a la cláusula general, conducta que fue incluida en la sección respectiva.

246. Modalidad prevista en el artículo 16 del Decreto Ley 26122.

247. Resolución N° 019-2005-CCO/OSIPEL del 27 de diciembre de 2005, en la controversia iniciada por Virtual Service Perú S.A.C. contra Wi-Net Perú S.A.C. (Exp. 006-2005-CCO-ST/CD y Exp. 010-2005-CCO-ST/CD).

248. 248. Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPEL del 21 de marzo del 2006, en la controversia iniciada por Virtual Service Perú S.A.C. contra Wi-Net Perú S.A.C. (Exp. 006-2005-CCO-ST/CD y Exp. 010-2005-CCO-ST/CD).



OTRAS MATERIAS  
EVALUADAS POR LAS  
**INSTANCIAS DE SOLUCIÓN  
DE CONTROVERSIAS**

# CAPÍTULO 5

## Principales controversias relacionadas con interconexión

### 5.1. Definición y principales características de la interconexión

A nivel técnico o físico, la interconexión es la vinculación física de dos redes de telecomunicaciones distintas que se realiza para posibilitar que los usuarios de una red se puedan comunicar con los usuarios de otras redes.

Según la Normativa de Interconexión vigente, la interconexión es el conjunto de acuerdos y reglas que tienen por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por un operador puedan comunicarse con los usuarios de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza, según la clasificación legal correspondiente, prestados por otro operador.<sup>249</sup>

Existen dos tipos de interconexión:

- Acuerdos de interconexión en una sola dirección (*one-way interconnection*):

En este tipo de interconexión el operador entrante carece de una relación directa con sus usuarios finales y se dedica exclusivamente al desarrollo de una función

<sup>249</sup> Artículo 3 del TUO de Interconexión vigente.



intermedia, como por ejemplo el transporte internacional provisto por las empresas de larga distancia.

- Acuerdos de interconexión en dos direcciones (*two-way interconnection*): En este caso, la empresa entrante cuenta con una relación directa con sus usuarios finales, requiriendo que los mismos tengan la posibilidad de comunicarse con los usuarios conectados a la red de la otra empresa, como por ejemplo las empresas prestadoras de servicios de telefonía fija.

Cabe destacar que, debido a la importancia que tiene para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, por su interés público y social, la interconexión en el Perú ha sido declarada como “obligatoria”, una condición esencial de la interconexión.<sup>250</sup> Así, siempre que un operador cumpla con las condiciones necesarias para la interconexión y cuente con la capacidad técnica apropiada, el operador a quien se le solicite no se podrá negar a cumplir con tal requerimiento.<sup>251</sup>

Es preciso resaltar que una de las herramientas más importante en la promoción de la competencia en los servicios de telecomunicaciones es la interconexión. En efecto, desde la apertura del mercado peruano de servicios públicos de telecomunicaciones y, luego, desde la suscripción del primer contrato de interconexión<sup>252</sup> se han apreciado “evidencias que permiten sostener que la determinación de reglas para la interconexión ha facilitado la transición para la prestación de los servicios por nuevas empresas operadoras de telecomunicaciones públicas, así como ha brindado beneficios concretos a los usuarios de estos servicios, tanto en materia de calidad y precio como en la variedad de ofertas.”<sup>253</sup>

Estas evidencias se generan desde que los servicios de telecomunicaciones se caracterizan por la presencia de externalidades de red. Esta característica hace que la red con mayor cantidad de miembros sea más atractiva para los usuarios de un servicio. Ello debido a que mientras más miembros conformen una red, mayor será la cantidad de personas con las cuales el usuario se podrá comunicar, lo cual le genera un mayor bienestar. Así, en ausencia de interconexión, el operador con la red más grande aprovechará para consolidar su poder de mercado impidiendo que los usuarios de las redes pequeñas puedan comunicarse con sus usuarios, con lo cual las redes pequeñas serán poco atractivas, pues sus usuarios solo se podrán comunicar con una red pequeña de contactos. Esta situación es corregida a través de la interconexión, ya que al ser esta obligatoria, los usuarios de las redes más pequeñas podrán comunicarse con los usuarios de la red más grande, haciéndose (solo con respecto al número de usuarios) igual de atractivas.

Si bien la interconexión es regulada de manera *ex ante*,<sup>254</sup> es importante que existan mecanismos de vigilancia *ex post*, a través de los cuales se puedan resolver las controversias surgidas en los contratos de interconexión. Ello toma mayor rele-

250. Artículos 4 y 5 del TUO de Interconexión vigente.

251. Artículo 5 del TUO de Interconexión vigente.

252. El primer contrato de interconexión no fue aprobado por el Organismo Regulador y se convirtió en un Mandato de Interconexión entre las empresas Firstcom S.A. y Telefónica del Perú S.A. para interconectar la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de la primera con la red del servicio de telefonía fija y portador de larga distancia de la segunda (Mandato de Interconexión 001-99-GG/OSIPTEL, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 22 de setiembre de 1999).

253. MOSCOL, Alejandro. “La Interconexión de las redes públicas de telecomunicaciones para la promoción de la competencia: Balance y Perspectivas” en: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 9, 2009, pág. 63.

254. Existe un control previo por parte del regulador, que incluye desde el diseño normativo de la interconexión en el Perú (esquema regulatorio establecido) hasta el hecho de que los contratos de interconexión deban ser aprobados por el OSIPTEL (empresas que se someten al esquema regulatorio establecido). En efecto, si bien en los Contratos de Interconexión existe un margen de libertad para que las partes acuerden determinadas disposiciones que regirán su relación, dichas disposiciones pueden ser observadas o modificadas por el OSIPTEL conforme a sus potestades.

vancia aún si consideramos que la interconexión supone una interacción constante entre la competencia y la regulación de los mercados de telecomunicaciones y que resulta usual que exista un nivel de conflicto muy alto entre los operadores.<sup>255</sup> Particularmente, según lo establecido por el Reglamento de Solución de Controversias, el OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias entre empresas operadoras de servicios de interconexión de redes de telecomunicaciones en lo que se refiere a aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relacionado con cargos y demás compensaciones o retribuciones que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo con las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.<sup>256</sup>

Cabe destacar que el mecanismo de solución de controversias ex post no es, ni busca ser, una herramienta de regulación ni de supervisión de los contratos de interconexión. Por el contrario, el mecanismo de solución de controversias ex post constituye una herramienta complementaria a la regulación, cuyo propósito es que las relaciones de interconexión se desarrollen en condiciones adecuadas evitando la existencia de conflictos entre operadores de servicios públicos de telecomunicaciones (debido a discrepancias o vacíos contractuales), lo cual conllevará a mayores niveles de competencia y mejor calidad de los servicios, con un efecto positivo para los usuarios.

Precisamente, debido a la importancia de la interconexión para la promoción de la competencia, existen principios que deben respetarse en su implementación:<sup>257</sup>

- Principio de Neutralidad: Según este principio, un operador que sea soporte de otros servicios, o que tenga posición dominante, no podrá utilizar estas ventajas para prestar otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia.

- Principio de neutralidad tecnológica en la interconexión: Según este principio, en la interconexión, el concesionario de un servicio público de telecomunicaciones tiene derecho a elegir la tecnología y arquitectura más apropiada para la implementación de su red y la prestación de los servicios a ser interconectados.

- Principio de no discriminación: Este principio establece la prohibición a los operadores de llevar a cabo prácticas discriminatorias u otorgar tratos diferenciados a otros operadores vinculados directa o indirectamente, que busquen o pretendan favorecer a ellos o a sí mismos, en detrimento de cualesquiera de los otros agentes que operan en el mercado de telecomunicaciones.

- Principio de igualdad de acceso: Este principio establece que los concesiona-

255. MOSCOL, Alejandro. Op. Cit., pág. 67.

256. El TUO de Interconexión vigente también reconoce el procedimiento de solución de controversias para materias de interconexión en los artículos 58 y 107.

257. Artículos 7, 8, 9, 10 y 11 del TUO de Interconexión vigente.

rios u operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores de otros servicios que lo soliciten.

Estos principios en esencia buscan que las empresas operadoras que poseen la titularidad de las redes más grandes de telecomunicaciones no abusen del importante poder de mercado que les otorga dicha propiedad. De manera general, los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad en el acceso, buscan que las empresas dominantes no generen situaciones en las cuales ellas mismas o sus vinculadas resulten favorecidas en las relaciones de interconexión, tanto en aspectos técnicos como económicos, debilitando los niveles de competencia que podrían presentarse en los distintos mercados de telecomunicaciones.

Precisamente, debido a que la interconexión es básicamente un servicio que las empresas operadoras se prestan entre sí, se han establecido algunas condiciones económicas que se deberán cumplir. En primer lugar, los operadores de redes o servicios interconectados, se pagarán entre sí cargos de acceso, o de interconexión, respecto de las instalaciones involucradas en la interconexión. Dichos cargos serán aprobados por el OSIPTEL y serán iguales a la suma de: (i) los costos de interconexión,<sup>258</sup> (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local, y (iii) un margen de utilidad razonable.

Cabe destacar que, en un principio, los operadores deberán negociar las condiciones técnicas y económicas del contrato de interconexión, y para ello tendrán un plazo máximo de 60 días calendario. De llegar a un acuerdo, el contrato de interconexión deberá ser remitido al OSIPTEL para su aprobación. Sin embargo, si no logran llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes o ambas podrán solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de interconexión.

Una vez suscrito el Contrato de Interconexión entre operadoras de telecomunicaciones o, en su defecto, emitido el Mandato de Interconexión, las posibles controversias que surjan durante el desarrollo de esta relación, serán competencia de las instancias de solución de controversias. Así entre las materias que con mayor frecuencia han enfrentado a las partes de una relación de interconexión son los referidos con aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones a los que están obligadas las empresas, así como lo relativo con las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.

258. Según la norma, se entiende que son costos de interconexión los incurridos en brindar la instalación para la interconexión y que son directamente atribuibles a la misma. Artículo 15 del TUO de Interconexión vigente.

## 5.2. Adecuación a mejores condiciones

259. Artículo 30 del TUO de Interconexión vigente.

260. Artículo 7 del TUO de Interconexión vigente.

261. TUO de Interconexión vigente

Artículo 30.- Adecuación de los contratos y mandatos de interconexión.

30.1. En virtud de los principios a que se refiere el Artículo 7, los contratos y los mandatos de interconexión incluirán una cláusula que garantice que los cargos de interconexión y/o las condiciones económicas en general, se adecuarán cuando una de las partes, en una relación de interconexión con una tercera empresa operadora establecida, vía contrato o mandato de interconexión, aplique cargos de interconexión y/o condiciones económicas más favorables a las establecidas en su relación de interconexión.

30.2. La adecuación requerirá una comunicación previa por parte de la empresa que se considere favorecida, en la cual se indiquen los cargos y/o condiciones económicas a los cuales estará adecuándose. La empresa operadora que opte por adecuarse será la responsable de evaluar la conveniencia de su aplicación, y surtirá sus efectos a partir del día siguiente de la fecha de recepción de dicha comunicación.

A fin de que la adecuación sea eficaz, la referida comunicación deberá ser remitida con copia a OSIPTEL.

30.3. En caso la comunicación a OSIPTEL llegue en una fecha posterior a la comunicación a la empresa, la adecuación surtirá efecto desde el día siguiente de recibida la comunicación por OSIPTEL.

262. Numeral 5 del Anexo 5 del actual TUO de Interconexión vigente.

263. Un caso similar se analiza en el Expediente 004-2002.

### 5.2.2.1 Conceptos

Uno de los aspectos más importantes en lo que respecta a las normas de interconexión es la adecuación a mejores condiciones en los mandatos y contratos de interconexión.<sup>259</sup> Ello en la medida que, como lo señalamos anteriormente, las relaciones de interconexión deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia, y su ejecución debe realizarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes.<sup>260</sup>

En ese sentido, a fin de velar por el cumplimiento de dichos principios, la normativa señala que tanto los contratos como los mandatos de interconexión deben incluir una cláusula que garantice a las partes la adecuación a los cargos de interconexión y/o las condiciones económicas más favorables.<sup>261</sup> De esta forma, en una relación de interconexión, cuando una de las empresas solicite la adecuación a una condición que la otra parte ha otorgado a otras operadoras, la empresa requerida se encuentra obligada a otorgarle la misma condición. Solo el solicitante de la adecuación puede evaluar si una condición es más favorable (o no) que las establecidas en su relación de interconexión.

Asimismo, las normas de interconexión establecen que aquella empresa operadora que no cumpla con su deber de otorgar los cargos y/o condiciones de la interconexión más favorables incurrirá en una infracción grave.<sup>262</sup>

Las instancias de solución de controversias han resuelto algunos casos en los que no se ha cumplido con adecuar los contratos y/o mandatos de interconexión a mejores condiciones, los cuales detallamos a continuación:

### 5.2.2. Controversias

#### a. Teleandina contra Telefónica <sup>263</sup>

Compañía Telefónica Andina S.A. (Teleandina) denunció a Telefónica por el supuesto incumplimiento de los principios de no discriminación y libertad de acceso en el traslado de cargos por terminación de llamadas, a fin de que se ordene la aplicación del cargo pactado entre Telefónica y Bellsouth, respecto de la relación de interconexión entre Telefónica y Teleandina.

El primer punto controvertido planteado por Teleandina buscaba determinar si Tele-

fónica había violado los principios de no discriminación e igualdad de acceso al no trasladar a Teleandina el cargo por terminación en la red de telefonía fija si la llamada era originada en la red fija local, pactado con Bellsouth mediante un acuerdo de interconexión.<sup>264</sup>

En el segundo punto controvertido se buscaba determinar si tenía que ordenarse la aplicación del cargo pactado por Telefónica y Bellsouth en su acuerdo de interconexión a las liquidaciones de tráfico efectuadas por Telefónica y Teleandina a partir de la fecha de la celebración del acuerdo y, de ser así, si correspondía ordenar la emisión por parte de Telefónica de las notas de crédito que correspondían a favor de Teleandina.

Las cuestiones planteadas en esta controversia estaban básicamente referidas a la adecuación a mejores condiciones de las relaciones de interconexión existentes entre Teleandina y Telefónica, ya que esta última, posteriormente, había establecido condiciones más ventajosas en su relación de interconexión con Bellsouth.

Respecto del primer punto controvertido, el CCO señaló que para determinar si Telefónica había cometido la infracción que se le imputaba se debía determinar (i) si Teleandina tenía derecho a acogerse al cargo de interconexión de US\$ 0.0168 establecido en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL<sup>265</sup> y posteriormente pactado entre Telefónica y Bellsouth para la interconexión de sus propias redes fijas, (ii) de concluir que sí tenía derecho, se debía determinar los alcances de la obligación de Telefónica de liquidar con Teleandina aplicando dicho cargo de interconexión, y (iii) si el no haber liquidado con Teleandina con dicho cargo constituía una infracción al artículo 37 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL (anterior Reglamento de Infracciones).<sup>266</sup>

La relación de interconexión entre Telefónica y Bellsouth estableció un régimen en el cual el cargo por terminación de llamada era menor si la llamada era originada en una red de telefonía fija local y terminada en otra red de telefonía fija local, ya que en ese caso el cargo por terminación era de US\$ 0.0168 por minuto, mientras que dicho cargo era de US\$ 0.029 por minuto si la llamada terminaba en/o provenía de cualquier otra red.

Al respecto, el CCO señaló que, dado que los cargos de interconexión debían ser fijados en función a costos más un margen de utilidad razonable, si el costo de terminar en una red de telefonía local una llamada proveniente de otra red de telefonía local era el mismo que el de terminar una llamada proveniente de una red de larga distancia, el cargo de interconexión debería ser el mismo.

**Terminación en una red fija local desde una red fija local**



**Terminación en una red fija local desde una red de larga distancia**

264. El acuerdo es de fecha 26 de julio de 2000 y fue aprobado por el OSIPTEL mediante Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL.

265. Mandato de Interconexión entre la red del servicio de telefonía fija local de Firstcom S.A., la red de los servicios de telefonía fija local de Telefónica del Perú S.A.A. y la red del servicio de telefonía móvil celular de Telefónica Móviles S.A.C.

266. Aprobado por la Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL del 14 de febrero de 1999.

Al considerar que los operadores tenían derecho a acogerse al cargo más beneficioso que su contraparte hubiera pactado con un tercero en una relación de interconexión equivalente, el CCO determinó que la relación de interconexión para la cual se había pactado el cargo de US\$ 0.0168 resultaba equivalente a la establecida mediante el mandato de interconexión entre Telefónica y Teleandina y, por lo tanto, esta última tenía el derecho a la adecuación del mandato.

Asimismo, las empresas operadoras de larga distancia interconectadas con la red de telefonía fija de Telefónica, entre ellas Teleandina, tenían el derecho de acogerse al cargo más favorable (US\$ 0.0168) aprobado en el Mandato N° 026-2000-GG/OSIPTEL y acordado en el contrato entre Telefónica y Bellsouth, aprobado por Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL, desde su entrada en vigencia.

El CCO consideró que el hecho de que una empresa esté en mejores condiciones que otra, aunque sea en un periodo corto, podría generar distorsiones que afecten la competencia entre las empresas. En el caso que la contraparte de una empresa en una relación de interconexión acuerde con una tercera empresa una condición económica más favorable, se debía garantizar que dicha condición sea aplicable a la primera empresa a partir del mismo día en que se aplicaría a la tercera con la que llegó a ese acuerdo.

Con respecto a la fecha a partir de la cual debió ocurrir la adecuación, el CCO señaló que si bien la Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL que aprobó el contrato de interconexión entre Telefónica y Bellsouth en el cual se acordó el cargo de US\$ 0.0168 fue aprobada el 4 de setiembre y entró en vigencia al día siguiente, la relación de interconexión entre Telefónica y Firstcom S.A. (luego, AT & T) entró en vigencia con anterioridad, esto es, el 7 de agosto, como resultado del Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL en el que se fijó el mismo cargo de interconexión (US\$ 0.0168).

Por lo tanto, dado que la adecuación automática se produce cuando una de las partes de una relación de interconexión acuerda con una tercera empresa condiciones económicas más favorables para la otra parte, esta misma regla debería aplicarse cuando la condición más favorable es establecida en un mandato. Esto debido a que los mandatos sustituyen a los contratos y debería aplicarse, en cuanto resulte posible, las mismas reglas, y en cumplimiento de los principios de no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia, mencionados anteriormente.

En tal sentido, la adecuación automática del cargo establecido en el mandato, se habría producido el 7 de agosto de 2000. A partir de dicha fecha Telefónica debió aplicar el cargo de US\$ 0.0168. Al no haberlo hecho, Telefónica habría incurrido en una infracción al artículo 35 del anterior Reglamento de Infracciones. Por lo tanto, el CCO declaró fundada la demanda de Teleandina y sancionó a Telefónica con una multa de 151 UIT.<sup>267</sup>

Respecto al segundo punto controvertido, el CCO determinó que Teleandina tenía derecho a que el cargo de interconexión para la terminación de sus llamadas en la red correspondiente al periodo comprendido entre el 7 de agosto y el 31 de diciembre de 2000 se adecue retroactivamente al cargo de US\$ 0.0168. En conse-

267. Resolución N° 016-2001-CCO/OSIPTEL del 7 de diciembre de 2001, en la controversia seguida por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 004-2001).

cuencia, debía liquidarse por dicho periodo de acuerdo con el mencionado cargo, así como emitirse las facturas, y las notas de crédito correspondientes, según sea el caso, para lo cual, el CCO otorgó a Telefónica 20 días hábiles para cumplir con lo señalado.

## b. Bellsouth contra Nextel

Esta controversia fue iniciada por Bellsouth por el supuesto incumplimiento de las obligaciones derivadas de su relación de interconexión por parte de Nextel, consistentes en negarse a adecuar el sistema de liquidación pactado entre las partes al sistema establecido con un tercer operador. En concreto, Bellsouth solicitaba a Nextel que se elimine el sistema Sender Keeps All (SKA)<sup>268</sup> en la relación de interconexión que tenían, para ser reemplazado por el sistema de cargos de interconexión que Nextel había implementado en su relación de interconexión con Telefónica Móviles S.A (Telefónica Móviles).

En su petitorio, Bellsouth solicitaba:

- La eliminación del sistema SKA y su reemplazo por un cargo de terminación, debiendo ser retroactiva su vigencia al 12 de agosto de 2002.<sup>269</sup>
- Se ordene a Nextel pagar a Bellsouth los montos devengados por el tráfico cursado entre sus redes, desde el 12 de agosto de 2002.
- Se sancione a Nextel por los incumplimientos a la normativa y al Contrato de Interconexión, según determine el Cuerpo Colegiado, con la máxima multa establecida, según lo dispuesto por el artículo 44° del Reglamento de Interconexión, aprobado por la Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL.
- Se ordene a Nextel pagar los intereses correspondientes que se generen desde la fecha en que tendría que pagarse los cargos a que se refiere la segunda pretensión principal, así como los costos y costas que se devengarían de la presente controversia.

Por su parte, al contestar la demanda, Nextel planteó una reconvencción en la que solicitaba como pretensión principal que se declare que Bellsouth no podía utilizar su red de telefonía móvil, que es la red que se encontraba interconectada con Nextel, como red portadora con fines de brindar el servicio de transporte conmutado local, por contravenir la legislación vigente. De esta manera, Nextel solicitaba que:

- Se ordene a Bellsouth abstenerse de seguir cursando tráfico proveniente de terceras redes (TIM) a través de la interconexión que mantenía con Nextel, en virtud del Contrato de Interconexión, por tratarse de una red móvil y no de una red portadora.

268. Según se señala en la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL del 9 de julio de 2003, el sistema Sender Keeps All es un sistema en el cual las partes acuerdan no pagarse cargos de interconexión entre sí. En lugar de dicha obligación, pactan que cada una se quedará con el íntegro de la tarifa que pague su usuario. El mencionado sistema, tal como la propia NEXTEL lo señala "(...) generalmente se acuerda cuando existen redes de tamaño equivalente", y en consecuencia – como lo indica BELLSOUTH– existe un intercambio simétrico de tráfico; siendo el objetivo del Sender Keeps All básicamente el eliminar los costos de transacción que existen en otros sistemas de liquidaciones. Es decir, el Sender Keeps All suele establecerse cuando a las empresas les resulta más económico renunciar a la diferencia que luego de la compensación de cargos les correspondería, que entrar al proceso de conciliación, liquidación, etc., antes mencionado.

269. Fecha en la que Bellsouth solicitó a Nextel la adecuación del sistema de cargos de interconexión.

- Se ordene a Bellsouth pagar por la terminación de llamadas de terceros operadores que, indebidamente y a través de su red de telefonía móvil, habían sido cursadas y entregadas a Nextel desde agosto de 2001 hasta la fecha. Para este escenario, solicitó que se utilizará el cargo que el regulador había fijado en la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL (US\$ 0,2053 por minuto tasado al segundo, sin incluir IGV) mediante la cual se fijó el cargo de terminación en redes móviles por llamadas provenientes de larga distancia.
- Se sancione a Bellsouth por la comisión de infracciones a la leal competencia.
- Se sancione a Bellsouth por el incumplimiento del Contrato de Interconexión, con la máxima multa establecida según lo dispuesto por el artículo 44° del Reglamento de Interconexión.<sup>270</sup>

En este caso, también se inició el análisis buscando determinar si Bellsouth tenía derecho a solicitar la adecuación a mejores condiciones en su relación de interconexión con Nextel, en concreto, a que se le elimine el sistema SKA en favor del sistema de cargos de interconexión que Nextel había acordado con Telefónica Móviles.

El CCO señaló como primer punto que era evidente que las relaciones de interconexión entre la red de telefonía móvil de Bellsouth y la red del servicio troncalizado de Nextel, y entre la red del servicio móvil de Telefónica Móviles y la red del servicio troncalizado de Nextel eran equivalentes.

270. Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 001-98-CD/OSIPTEL.

271. Artículo y cláusula que disponían la adecuación de las condiciones económicas de la relación de interconexión "cuando una de las partes celebre con un tercer operador un contrato de interconexión equivalente que contemple condiciones económicas más favorables que los acordados en el presente documento. La parte que pretenda la adecuación de las condiciones económicas de este contrato deberá solicitar y conceder a la otra parte un plazo razonable no mayor de 60 días para la correspondiente adaptación." Cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión entre Nextel y Bellsouth.



Fuente: OSIPTEL.

Como argumento para negar la adecuación, Nextel sostenía que el sistema SKA no era una condición económica de la interconexión, siendo en todo caso una cláusula de naturaleza netamente privada y que, por tanto, el artículo 25° del Reglamento de Interconexión y lo acordado en la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión, no resultaban aplicables.<sup>271</sup> Asimismo, Nextel señalaba que aun cuando fuera una condición económica, no procedería la adecuación debido a que resultaba jurídicamente imposible determinar si la condición invocada era



más favorable que el SKA, por cuanto no habría forma de comparar dos sistemas diferentes y, en consecuencia, el resultado no solo no sería evidente sino que además sería arbitrario.

Sin embargo, el CCO determinó que el SKA era un sistema alternativo al sistema de pago de cargos de interconexión, y al igual que este, permitía a las partes distribuir los costos generados por la terminación de llamadas en la red de la otra parte. Por lo tanto, al tener efectos económicos directos para las partes en su relación de interconexión, era indudable que constituían una condición económica sustancial de la interconexión. Es más, había sido la propia Nextel la que había reconocido que les resultaba económicamente más favorable mantener el SKA que el sistema de pago de cargos de interconexión debido a una asimetría entre el tráfico entrante y el saliente a otras redes móviles, como sería la de Bellsouth. Esto llevó al CCO a afirmar que si la asimetría de tráfico beneficiaba a Nextel, al mismo tiempo perjudicaba a Bellsouth y, por lo tanto, a esta última le resultaba más favorable un sistema de pago de cargos de interconexión.

Cabe destacar que en este caso el CCO consideró que no le correspondía probar que el sistema de pago de cargos de interconexión era más favorable para Bellsouth que el SKA, sino que bastaba con haber acreditado que el sistema de pago de cargos es una condición económica alternativa al SKA que Nextel había establecido en una relación de interconexión equivalente a la que mantenía con Bellsouth.

De esta manera, el CCO consideró que, en este caso, se habían cumplido los dos supuestos requeridos para efectos del derecho de adecuación: (i) las relaciones de interconexión eran equivalentes; y (ii) la condición invocada por la denunciante era una condición económica que la denunciada otorgaba a otra empresa que se encontraba en una relación de interconexión equivalente. Luego, Bellsouth tenía derecho a que su contrato se adecue, sustituyendo el sistema SKA por el sistema de cargos de interconexión que Nextel le otorgaba a Telefónica Móviles.

De otro lado, el CCO determinó que la solicitud de adecuación de Bellsouth se habría cursado a Nextel con fecha 12 de agosto de 2002, por lo que la adecuación del Contrato de Interconexión se habría producido automáticamente vencido el plazo de sesenta días (60) acordado por las partes, es decir, el 12 de octubre de 2002. Cabe destacar que Bellsouth indicaba que se debía considerar como fecha de adecuación la correspondiente a la primera comunicación que le había enviado a Nextel sobre el tema. Sin embargo, el CCO consideró que la fecha apropiada era aquella en la que Bellsouth manifestó su intención de hacer uso del derecho de adecuación, precisando la condición que solicitaba.

Así, para el CCO, Nextel había infringido dos artículos del Reglamento de Infracciones<sup>272</sup>; sin embargo, solo se le debía aplicar una sanción, que de acuerdo al marco normativo, debía ser la más alta. En tal sentido, el CCO decidió sancionar a Nextel con multa ascendente a 151 UIT.<sup>273</sup>

272. Según el CCO, Nextel había incumplido los artículos 36 y 37 del Reglamento de Infracciones:

Reglamento de Infracciones Artículo 36°.- La empresa que incumpla con las disposiciones que se emitan sobre cargos establecidos para la interconexión incurrirá en infracción muy grave.

Artículo 37°.- La empresa que no otorgue condiciones equivalentes de interconexión de acuerdo con lo establecido en el Artículo 108° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y en el Artículo 10° del Reglamento de Interconexión, incurrirá en infracción muy grave.

273. Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL del 9 de julio de 2003, en la controversia seguida por Bellsouth del Perú S.A. contra Nextel del Perú S.A. (Exp. 010-2002-CCO-ST/IX). Cabe añadir que el CCO denegó la solicitud de pago de costas y costos formulada por Bellsouth, así como el pago de intereses por los montos devengados.

Respecto al pago de los montos devengados, el CCO ordenó a Nextel conciliar y liquidar con Bellsouth los tráficos cursados desde la fecha de adecuación del Contrato de Interconexión indicada en la resolución, así como cancelar los montos que correspondían, de conformidad con el Acuerdo de Liquidación, Facturación y Pagos entre las redes de Telefonía Fija, Móvil, Larga Distancia y Terminales de Uso Público de Bellsouth con la red de Servicio Móvil Troncalizado de Nextel de fecha 18 de setiembre de 2002, aprobado por OSIPTEL mediante Resolución N° 072-2003-GG/OSIPTEL.

Respecto a la reconvención, Nextel señalaba que la conducta de Bellsouth denunciada (tráfico proveniente de terceras redes) resultaba contraria a derecho, puesto que venía prestando el servicio de transporte conmutado a través de su red de telefonía móvil, lo cual constituía un acto de competencia desleal y una infracción a su Contrato de Interconexión. Sin embargo, para el CCO, dado que Bellsouth contaba con la concesión de portador local se encontraba facultada a brindar el tránsito local para efectos de la interconexión indirecta, en el marco de su relación de interconexión entre sus redes móviles. Es más, según el CCO, Bellsouth se encontraba obligada a hacerlo, como la propia Nextel lo habría reconocido al firmar el Contrato de Interconexión, a pesar de que Nextel no estaba interconectada con la red portadora local de Bellsouth. Así, para el CCO la terminación de las llamadas originadas en la red PCS de TIM en la red de troncalizado de Nextel que efectuaba Bellsouth, se enmarcaba dentro de su obligación de interconexión indirecta y, por lo tanto, lo que era una obligación legal ineludible no podría ser a la vez una infracción a la normativa vigente. Por lo tanto, se declaró Infundada la reconvención de Nextel.

## 5.3. Discrepancias en la liquidación, facturación y pago

### 5.3.1. Concepto

Las relaciones de interconexión entre empresas operadoras son complejas, ya que involucran distintos aspectos, tanto técnicos como económicos, sobre los cuales estas se deben poner de acuerdo. En ese sentido, en las relaciones de interconexión no es extraño que se presenten discrepancias en lo que respecta a la liquidación, facturación y pago de las condiciones económicas pactadas en el contrato de interconexión o establecidas en el mandato de interconexión, según corresponda.

Las instancias de solución de controversias han resuelto diversas demandas relacionadas con discrepancias en la liquidación, facturación y pago.<sup>274</sup> En la presente

274. Ver los expedientes: 001-1995, 001-1997, 003-2000, 004-2000, 003-2001, 003-2002, 005-2002, 003-2003, y 003-2004.

sección nos remitiremos a las principales, entre las cuales se han presentado diferencias en las empresas operadoras sobre los conceptos económicos establecidos en los contratos y mandatos de interconexión.

## 5.3.2. Controversias

### a. Bellsouth contra Teleandina

En el 2000, Bellouth demandó a Teleandina por ingresar tráfico a su red de telefonía móvil sin contar con un contrato de interconexión vigente. En la demanda, Bellsouth solicitaba que Teleandina: (i) le abone las sumas devengadas durante todo el periodo en que ingresó tráfico a su red; y, (ii) le abone los intereses de ley que correspondían.

El problema entre Bellsouth y Teleandina surgió debido a que esta última habría terminado llamadas en la red móvil de Bellsouth a través del transporte conmutado prestado por Telefónica, sin haberle retribuido por el uso de su red. Ello luego de que Bellsouth y Teleandina negociaron sin éxito la interconexión de sus redes de telefonía móvil y red portadora de larga distancia, respectivamente.

En ese sentido, los puntos controvertidos de este caso fueron:

- Determinar el monto que Teleandina debía abonar a Bellsouth por concepto de terminación de tráfico en su red móvil en el periodo comprendido desde que Telefónica empezó a terminar tráfico de Teleandina en la mencionada red, hasta que lo suspendió; o el procedimiento de cálculo para determinar dicho monto.

- Determinar si correspondía el pago de intereses.

Respecto al primer punto controvertido, es importante señalar que Teleandina se allanó a la pretensión de Bellsouth de que le abone las sumas devengadas durante el periodo comprendido desde que Teleandina empezó a terminar minutos en la red móvil de Bellsouth hasta que Telefónica suspendió el transporte conmutado.

En ese sentido, al haberse allanado, Teleandina aceptó pagar a Bellsouth por el tráfico terminado en la red móvil de esta última, y no a Telefónica, pese a que se utilizó esta última red como interconexión indirecta. Sin embargo, el CCO señaló que el allanamiento de Teleandina no afectaba sus posibilidades de elegir con quién liquidar el tráfico que pudiera cursar en el futuro vía transporte conmutado hacia la red móvil de Bellsouth, puesto que el allanamiento se limitaba solo a la pretensión de Bellsouth formulada en su demanda. Para el CCO, Teleandina no acreditó que Telefónica pagó a Bellsouth por el tráfico cursado.

En el monto o la fórmula para calcular el cargo de terminación se consideró necesario determinar (i) el cargo aplicable, y (ii) el número de minutos de tráfico cursado.

En primer lugar, sobre el cargo aplicable, el CCO concluyó que los contratos de interconexión celebrados entre Telefónica y Bellsouth, al regular el cargo de terminación de las llamadas cursadas por Telefónica a la red móvil de Bellsouth, debían igualmente regular el cargo de terminación que correspondía pagar a Teleandina por el mismo concepto. En tal sentido, se consideró que debía tomarse en consideración el cargo pactado entre Telefónica y Bellsouth vigente en el periodo materia de controversia, es decir enero y febrero del 2000. La fórmula de liquidación empleada por Bellsouth y Telefónica (en adelante, la Fórmula) era la siguiente:<sup>275</sup>

$$P_{85} = 0.25[TxTCP]$$

En donde:

$P_{85}$  = Monto correspondiente a Bellsouth por concepto de terminación de llamadas.

$T$  = Total de minutos de tráfico terminados en la red de Bellsouth en el mes

$TCP$  = Tasa contable ponderada pactada por TELEFÓNICA con el operador extranjero, correspondiente al mes en cuestión.

275. Para esta fórmula se tomó en cuenta el documento de fecha 2 de octubre del 2000 de Bellsouth, donde indicó que, en aplicación de lo establecido en la cláusula Cuarta del Anexo V del Contrato de Interconexión del 15 de junio de 1999 (para el caso de provincias) celebrado con Telefónica, hasta la fecha había venido liquidando el tráfico internacional entrante de la red de dicha empresa a su red móvil, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula novena del contrato de interconexión del 27 de abril de 1990. Así, de acuerdo con dicha cláusula y tomando en consideración las actas de liquidación presentadas por Bellsouth anexas a su escrito de fecha 26 de junio del 2000, así como la información presentada por Telefónica mediante carta N° GGR-127-A-3018-00.

276. Los cálculos se pueden ver entre las páginas 11 y 14 de la Resolución N° 028-CCO-2000 del 30 de noviembre de 2000, emitida en la controversia seguida por Bellsouth Perú S.A. contra Compañía Telefónica Andina S.A. (Exp. 003-2000)

Así, luego de realizar los cálculos necesarios,<sup>276</sup> se determinó que el tráfico total a liquidar entre Teleandina y Bellsouth para enero 2000 ascendía a 4,065.840 (cuatro mil sesenta y cinco con 84/100) minutos, mientras que para febrero ascendía a 54,821.39 (cincuenta y cuatro mil ochocientos veintiuno con 39/100) minutos. Sin embargo, dado que Bellsouth no cumplió con presentar la información solicitada mediante Resolución N° 021-CCO-2000, el CCO no contaba con los elementos suficientes para aplicar la Fórmula. Por ello, se determinó que, a efectos de determinar el monto que debe pagar Teleandina, sean las propias partes quienes apliquen la Fórmula a fin de calcular el cargo a cada mes en el que se terminó tráfico en la red de Bellsouth. Luego, el resultado de la aplicación de la Fórmula, debería multiplicarse por el total de minutos cursados en cada mes. Finalmente, el monto por pagar sería el resultado de la suma de los totales de cada mes.

Para el pago de intereses, el CCO consideró que el monto adeudado por Teleandina por terminación de llamadas en la red móvil de Bellsouth generó intereses a partir del 1 de febrero en relación al tráfico cursado en enero, y a partir del 1 de marzo para el tráfico cursado en febrero.

De esta manera, el CCO declaró Fundada la demanda en todos sus extremos. Asimismo, ordenó a Teleandina pagar a Bellsouth el monto que resultaría de la aplicación de la Fórmula. En la misma línea, el CCO ordenó que Teleandina pague a Bell-

south los intereses devengados desde las fechas antes señaladas, aplicándose para ello la tasa del interés legal fijada por el Banco Central de Reserva.<sup>277</sup>

### **b. Nortek contra Telefónica**

En el 2003, Nortek Communications S.A.C (Nortek) demandó a Telefónica por discrepancias en la liquidación y facturación del tráfico cursado entre las redes de ambas empresas mediante el uso de tarjetas prepago.

En su petitorio, Nortek solicitó que se ordene a Telefónica emitir las notas de crédito que correspondían a favor de Nortek por aquellas facturas emitidas desde julio del 2001 hasta noviembre del 2002, y que se ordene que en adelante las facturas se debían emitir de acuerdo con el tráfico eficaz, como lo estipula la Resolución N° 037-2001-CD/OSIPTEL. Asimismo, Nortek acusó a Telefónica de cobrar indebidamente un cargo de acceso para red fija cuando una llamada se generaba desde un teléfono de uso público.

Por su parte, Telefónica argumentaba que el CCO carecía de competencia para evaluar los escenarios previstos en los literales a, b, c, d y e, del numeral 3 del Anexo del Acuerdo Comercial para Acceso al Servicio de Larga Distancia mediante Uso de Tarjetas prepago celebrado entre Nortek y Telefónica el 30 de mayo de 2001 (Acuerdo de Larga Distancia). En tal sentido, debido a que los referidos escenarios se regulaban por la normativa de comercialización, tal como lo había señalado OSIPTEL en anteriores pronunciamientos,<sup>278</sup> los supuestos comprendidos en los numerales antes citados del Anexo del Acuerdo de Larga Distancia se regulaban por dicho acuerdo y, en consecuencia, las controversias que sobre estos surgieran debían ser resueltas por el mecanismo arbitral previsto en la cláusula Duodécima de dicho acuerdo.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia determinó que los escenarios del Acuerdo Comercial en los que Nortek no tenía punto de interconexión no serían materia de análisis ni de pronunciamiento por parte del CCO, en tanto existía un mecanismo arbitral pactado por las partes para la solución de las controversias vinculadas a dichos escenarios.

Para su primera pretensión, Nortek señalaba que Telefónica habría venido facturando y cobrando por llamadas no completadas efectuadas mediante el uso de tarjetas prepago, es decir, llamadas contestadas por la plataforma prepago, pero que no eran atendidas por el usuario final de destino. Por ello, el CCO buscó primero determinar el tráfico eficaz, es decir, el tráfico sujeto al pago de cargos de interconexión.

En ese sentido, el CCO concluyó que las llamadas se entendían completadas en el momento en el que la central de origen, en este caso la de Telefónica, recibía los mensajes de conexión por parte de la central de Nortek y que, es en función del tráfico correspondiente a dichas llamadas que se cobraban los cargos de interconexión.

Para el CCO, Nortek basaba su imputación contra Telefónica en un concepto de

277. Resolución N° 028-CCO-2000 del 30 de noviembre de 2000, emitida en la controversia seguida por Bellsouth Perú S.A. contra Compañía Telefónica Andina S.A. (Exp. 003-2000).

278. Resoluciones de Gerencia General N° 007-2003-GG/OSIPTEL y N° 008-2003-GG/OSIPTEL, mediante las cuales, respectivamente, se aprobaron los Acuerdos Comerciales para el Acceso al servicio de Larga Distancia entre Telefónica y Limately Telefónica y Gamacom.

llamada completada que no concordaba con el recogido por la regulación vigente en ese periodo y por el Mandato de Interconexión N° 002-99-GG/OSIPTEL, mediante el cual se establecieron las condiciones técnicas, económicas, legales y operativas para la interconexión entre Nortek, Telefónica y Telefónica Servicios Móviles. De acuerdo con lo observado por el CCO, Nortek enviaba a Telefónica las señales CON (conexión) o ANM (respuesta) en el momento en el que la plataforma de prepago de Nortek contestaba, por lo que Telefónica debía comenzar a tasar las llamadas en dicho momento, a fin de ajustarse al procedimiento previsto en el Mandato.

Al respecto, el CCO señaló que no existía ninguna norma en la regulación vigente ni ninguna disposición del Mandato que prohibiera iniciar la tasación de las llamadas en el momento en el que la plataforma prepago contestaba. En tal sentido, en principio para el CCO, Telefónica no estaba incurriendo en infracción alguna al iniciar la tasación de las llamadas en el momento en el que contesta la plataforma prepago de Nortek.

Asimismo, el CCO encontró contradicciones en los argumentos de Nortek, ya que esta empresa había reconocido no solo que enviaba la señal CON o ANM en el momento en el que su plataforma prepago contestaba, sino que además señaló que se encontraba imposibilitada técnicamente de enviar dicha señal en el momento en el que el usuario de destino contestaba la llamada.

De esta manera, el CCO concluyó que en la relación de interconexión entre Nortek y Telefónica, la tasación se iniciaba en el momento en el que la plataforma prepago contestaba, por lo que el costo de la utilización del canal de voz debía ser asumido por la empresa que controlaba la central de destino de la llamada, es decir, Nortek.

Finalmente, el CCO concluyó que Telefónica no había incurrido en infracción alguna a las normas regulatorias en materia de interconexión al haber tasado y posteriormente facturado las llamadas realizadas utilizando tarjetas prepago de Nortek. De acuerdo a ello, declaró Infundada la pretensión planteada por Nortek.<sup>279</sup>

Sobre el supuesto cobro indebido de un cargo de acceso a la red de telefonía fija cuando una llamada se generaba desde un teléfono de uso público, el CCO concluyó que dicha pretensión de Nortek era manifiestamente infundada. Ello debido a que, según el CCO, Nortek pretendía que se declare que Telefónica no podía cobrar un cargo de acceso que se encontrara expresamente previsto en la normativa. En ese sentido, este extremo de la demanda de Nortek también se declaró infundado.

En segunda instancia, el Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL declaró infundada la apelación de Nortek en todos sus extremos, confirmando la resolución del CCO.<sup>280</sup>

279. Resolución N° 020-2003-CCO/OSIPTEL del 4 de noviembre de 2003, en la controversia seguida por Nortek Communications S.A.C contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 003-2003).

280. Resolución N° 002-2004-TSC/OSIPTEL del 27 de enero de 2004, en la controversia seguida por Nortek Communications S.A.C contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 003-2003).

## 5.4. Interrupción, Suspensión y Restitución de la Interconexión

### 5.4.1. Concepto

La interconexión, como ya lo señalamos anteriormente, es de interés público y social y, por ende, su obligatoriedad constituye una condición esencial de la concesión de los servicios portadores o finales, respecto de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones. Conforme a ello, no se puede interrumpir o cortar la interconexión sin motivo aparente o sin seguir el procedimiento establecido en las normas de interconexión.<sup>281</sup> En ese sentido, las empresas que se encuentran bajo una relación de interconexión no pueden interrumpir o suspender la interconexión por causas imputables a ellas, de lo contrario, incurrirían en una infracción al marco regulatorio.<sup>282</sup> Esta disposición, sin duda, tiene como finalidad velar por el interés de todos los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones y de su derecho a la continuidad del servicio.

Al respecto, el OSIPTEL a través de la función de solución de controversias ha resuelto algunos casos referidos a cortes, interrupciones y suspensiones de los enlaces de interconexión, pronunciándose incluso sobre la reparación de los enlaces y la restitución de los servicios de interconexión.

### 5.4.2. Controversias

#### a. Ditel Corporation contra Telefónica

En el 2003, Ditel Corporation S.A. (Ditel), empresa que estaba autorizada para prestar el servicio público de portador de larga distancia nacional e internacional, demandó a Telefónica, empresa privada que prestaba los servicios públicos de portador local, larga distancia nacional e internacional, así como telefonía fija en la modalidad de abonados y de teléfonos públicos.

Ditel solicitó la restitución del servicio de interconexión que Telefónica le prestaba en virtud del contrato de interconexión que habían suscrito<sup>283</sup> y que, a la fecha de la presentación de la demanda, se mantenía suspendido pese a que habría desaparecido la causal que motivó la suspensión de la interconexión.<sup>284</sup> De acuerdo a lo señalado por la demandante, Telefónica perdió la calidad de acreedora de la deuda que tenía su empresa, toda vez que la Municipalidad de Lurín le notificó una

281. Los procedimientos de suspensión de la interconexión se encuentran en los artículos 112 y 119 del TUO de Interconexión vigente.

282. Numeral 47 del Anexo 5 del TUO de Interconexión vigente: "La empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones que interrumpa, suspenda o corte, por causa imputable a ella, un enlace de interconexión que una su red con la red de otra empresa operadora, incurrirá en infracción grave".

283. Contrato de interconexión del 28 de febrero de 2001, aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 043-2001-GG/OSIPTEL del 10 de abril de 2001.

284. Para la suspensión de la interconexión, Telefónica siguió el procedimiento establecido en la Resolución N° 052-2000-CD/OSIPTEL, debido a que Ditel adeudaba el pago de 31 facturas emitidas por Telefónica.

285. El artículo 53 del anterior TUO de Interconexión estipulaba lo siguiente: "El incumplimiento de las obligaciones contraídas en los contratos de interconexión, o de las disposiciones de la presente Norma que no se encuentre tipificado como muy grave, constituye infracción grave. Dichas infracciones se sancionarán conforme a las disposiciones de la Ley [de Telecomunicaciones] y al procedimiento establecido en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones".

286. Resolución N° 014-2004-CCO/OSIPTEL del 16 de julio de 2004, emitida en la controversia seguida por Ditel Corporation S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 016-2003-CCO-ST/IX).

287. Telefónica había presentado una reconvencción, demandando a Ditel por la presentación de una denuncia maliciosa, lo cual constituía una infracción al Artículo 104 del Reglamento de OSIPTEL y el Artículo 50 del anterior Reglamento de Infracciones.

El Artículo 104 del Reglamento de OSIPTEL señalaba que "Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del OSIPTEL, será sancionado con una multa de hasta 100 UIT mediante resolución debidamente motivada".

Por su parte, el Artículo 50 del anterior Reglamento de Infracciones señalaba lo siguiente: "La empresa que a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable demanda o denuncia a alguna persona natural o jurídica ante OSIPTEL, ocasionándole o con el fin de ocasionarle injustamente un perjuicio, o que en un procedimiento seguido ante OSIPTEL actúe en contra de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, incurrirá en infracción grave."

288. Mediante Resolución N° 014-2004-TSC/OSIPTEL del 6 de octubre de 2004, emitida en la controversia seguida por Ditel Corporation S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. N° 016-2003-CCO-ST/IX).

medida cautelar de embargo en forma de retención sobre los derechos de crédito y otros pagos que se realizaran a favor de Telefónica. Ditel precisó que solicitó a Telefónica la restitución de la interconexión por cuanto esta empresa había perdido su calidad de acreedor de las sumas adeudadas, pese a lo cual la demandada no cumplió con restituir dicho servicio.

En el procedimiento se determinó que lo que se analizaría sería si Telefónica infringió el artículo 53 del anterior TUO de Interconexión,<sup>285</sup> al mantener suspendido el servicio de interconexión prestado a Ditel, pese a que habría desaparecido la causal en la cual se sustentaba esta medida (presuntamente Telefónica habría perdido la calidad de acreedora).

En la Resolución Final, el CCO determinó que Telefónica había suspendido correctamente la interconexión a Ditel cumpliendo con el procedimiento establecido. También señaló que el embargo ordenado por la Municipalidad no afectó la calidad de acreedor de Telefónica respecto de las facturas pendientes de pago por el servicio de interconexión, ni modificó de forma alguna la situación de acreedora de Ditel, en la medida que esta última no acreditó pagar sus deudas ni otorgó garantías suficientes para que la interconexión le sea reestablecida. Conforme a ello, el Cuerpo Colegiado declaró infundada la demanda.<sup>286</sup>

Adicionalmente, cabe señalar que el CCO señaló que había quedado demostrado que Ditel presentó su demanda a sabiendas de la ausencia de motivo razonable para iniciar el procedimiento,<sup>287</sup> lo cual habría generado un perjuicio injustificado a Telefónica, y, por consiguiente, se impuso una multa de 35 UIT a Ditel por la presentación de una denuncia maliciosa. Finalmente, el Tribunal de Solución de Controversias<sup>288</sup> confirmó la resolución de primera instancia en todos sus extremos.

## b. Teleandina contra Telmex (2006)

En el 2006, Teleandina, empresa privada que prestaba el servicio público de portador de larga distancia nacional e internacional y el servicio de telefonía fija local, demandó ante el OSIPTEL a Telmex del Perú S.A. (Telmex, antes AT&T), empresa que prestaba el servicio público de portador de larga distancia nacional e internacional y el servicio de telefonía fija local, solicitando que se declare que esta última dilató la reparación del enlace de interconexión e incumplió el Contrato de Interconexión aprobado por el OSIPTEL.

En primera instancia, el Cuerpo Colegiado declaró Improcedente la primera presentación de la demanda, consistente en que la presunta dilación por parte de Telmex en la reparación del enlace de interconexión constituía una infracción según el artículo 53° del anterior TUO de Interconexión<sup>289</sup>, por considerar que el mismo se encontraba derogado. Además, el CCO señaló que la aplicación del numeral 48



del Anexo 5 del anterior TUDO de Interconexión, referido a los casos de interrupción, suspensión o corte, no podría considerarse al haber sido formulada por Teleandina de manera posterior y extemporánea, agregando también que dicha empresa no denunció ese hecho, sino la dilación en la reparación.<sup>290</sup>

En vía de apelación, el Tribunal de Solución de Controversias declaró la nulidad del pronunciamiento de primera instancia e indicó que los hechos imputados a Telmex se encontrarían previstos como infracción en el numeral 48 del Anexo 5 del anterior TUDO de Interconexión<sup>291</sup> que preveía una sanción para el caso en que una operadora corte, suspenda o interrumpa un enlace de interconexión.<sup>292</sup>

Según el TSC, el numeral 48 tenía como finalidad velar por el interés de todos los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones y de su derecho a la continuidad del servicio, por lo que la imputación a Telmex, consistente en la demora en la reparación de un único enlace de interconexión, constituía una forma de suspensión, interrupción o corte de un enlace y por lo tanto era sancionable según el numeral 48. Para el TSC, el que un enlace se encontrara dañado de tal forma que se impidiese su funcionamiento era una forma de interrupción, corte o suspensión del enlace, dado que al no encontrarse en funcionamiento el medio de transmisión indispensable para que las redes de dos operadoras se enlacen, la interconexión no podía concretarse.

Finalmente, el TSC emitió un precedente de observancia obligatoria con el objetivo de señalar las conductas que calificarían como suspensión indebida del servicio, y que, por lo tanto, eran materia de sanción, según el Numeral 48. La cita textual del precedente es:

*A efectos de lo previsto en el numeral 48 del Anexo 5 del TUDO de las Normas de Interconexión, se entenderá que constituye un tipo de interrupción, suspensión o corte del enlace de Interconexión cuando se presente una falla en este que impida su funcionamiento y no se le preste el mantenimiento o reparación necesario para que vuelva a ser operativo en un tiempo razonable. Corresponderá al OSIPTEL, a través de sus órganos de solución de controversias, determinar en cada caso si la atención de la falla se brindó o no en forma oportuna.*

### c. Teleandina contra Telmex (2008)

El escenario previo a la presentación de la controversia era el de ejecución del Contrato de Interconexión suscrito entre las partes,<sup>293</sup> mediante el cual Telmex suministró a Teleandina un enlace de interconexión digital entre los puntos de interconexión de dichas empresas.

En noviembre del 2005, Teleandina informó a Telmex que el área de ubicación de equipos en el punto de interconexión había sido cambiada, por lo que se

289. El artículo 53 del anterior TUDO de Interconexión estipulaba lo siguiente: "El incumplimiento de las obligaciones contraídas en los contratos de interconexión, o de las disposiciones de la presente Norma que no se encuentre tipificado como muy grave, constituye infracción grave. Dichas infracciones se sancionarán conforme a las disposiciones de la Ley [de Telecomunicaciones] y al procedimiento establecido en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones"

290. Resolución N° 003-2006-CCO/OSIPTEL del 17 de agosto del 2006, emitida en la controversia seguida por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telmex del Perú S.A. (Exp.007-2006-CCO-ST/IX).

291. Numeral 48 del Anexo 5 del anterior TUDO de Interconexión: "La empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones que interrumpa, suspenda o corte, por causa imputable a ella, un enlace de interconexión que una su red con la de otra empresa operadora, incurrirá en infracción grave".

292. Resolución N° 006-2007-TSC/OSIPTEL del 20 de julio del 2007, emitida en la controversia seguida por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telmex del Perú S.A. (Exp. 007-2006-CCO-ST/IX).

293. Mediante Resolución N° 353-2002-GG/OSIPTEL publicada el 25 de setiembre de 2002, se aprobó el Contrato de Interconexión entre Teleandina y Telmex, mediante el cual se estableció la interconexión de las redes de los servicios de telefonía fija local y portador de larga distancia nacional e internacional de Teleandina con las redes de los servicios de telefonía fija local y portador de larga distancia nacional e internacional de Telmex.

requería reubicar los equipos terminales de fibra óptica de Telmex. A partir de ello las empresas intercambiaron comunicaciones y quejas relativas a aspectos de la interconexión derivados de la reubicación realizada por Teleandina y de la reparación del enlace de interconexión. Así, el 29 de diciembre de 2005, se dio la suspensión del enlace de interconexión.

El 19 de febrero del 2008, Teleandina presentó su denuncia contra Telmex porque este último no habría cumplido con su obligación contractual de reparar el enlace de interconexión,<sup>294</sup> conducta que constituiría una infracción a las normas de interconexión (pretensión principal). Asimismo, como pretensión accesoria, Teleandina solicitó que se declare que Telmex no tenía derecho de cobrarle el servicio desde que se solicitó la reparación del enlace de interconexión (desde el 15 de noviembre de 2005).

En primera instancia, el CCO resolvió lo siguiente: i) imponer a Telmex una multa equivalente a 51 UIT por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 83 del anterior TUO de Interconexión; ii) Declarar que Telmex no tenía derecho a cobrar a Teleandina por el servicio de enlace de interconexión en el período comprendido entre el 27 de noviembre y el 29 de diciembre de 2005.<sup>295</sup>

Sobre la pretensión principal, el CCO consideró que, en virtud del contrato de interconexión, Telmex estaba obligado a realizar las acciones técnicas previas para el funcionamiento correcto del enlace de interconexión y su equipamiento asociado, al igual que las acciones técnicas posteriores para corregir los problemas que se podían presentar en el enlace de interconexión y su equipamiento asociado. Este mantenimiento correctivo incluía la reparación de daños producidos por causa imputable al proveedor o por caso fortuito o fuerza mayor y, por lo tanto, Telmex se encontraba obligada a reparar el enlace de Teleandina aun cuando esta última no hubiera notificado previamente las actividades que podrían afectar el servicio.

Así, el CCO consideró que la actuación de Telmex no fue diligente entre el 25 de noviembre y el 20 de diciembre, periodo en el que no concurrió al local de Teleandina ni formuló un presupuesto para la reparación del enlace de interconexión. Además, el CCO consideró que el tiempo razonable para atender la falla reportada no debía ser superior al plazo que tenía una operadora para atender una falla reportada por un usuario (4 días), ni al plazo de atención a una falla reportada por un arrendamiento de circuitos a una empresa de servicios portadores (8 horas de reportada la avería).

Respecto de la segunda pretensión, y considerando el periodo razonable de atención de la solicitud, el CCO consideró que Teleandina (y no Telmex) debía asumir las consecuencias económicas durante el periodo comprendido entre el 21 y el 26 de noviembre de 2005. En cambio, una vez vencido el plazo que tenía Telmex para atender la solicitud de Teleandina, sin que se haya dado solución a su pedido, el

294. El denunciante sustentó su pretensión basándose en el Numeral 48 del Anexo 5 de las normas que modificaban el anterior TUO de Interconexión. Sin embargo, a la fecha de los hechos denunciados, esta norma no se encontraba vigente sino el artículo 83 del anterior TUO de Interconexión, el cual fue de aplicación al presente caso.

El artículo 83 del anterior TUO de Interconexión tipificaba como infracción grave la interrupción, suspensión o corte, por causa que le resulta imputable a una empresa operadora, de un enlace de interconexión.

295. Resolución N° 021-2008-CCO/OSIPTEL del 29 de diciembre de 2008, emitida en la controversia seguida por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telmex del Perú S.A. (Exp. 001-2008-CCO/OSIPTEL).

CCO determinó que para este escenario Telmex no tenía derecho a cobrar a Teleandina por el servicio de enlace de interconexión (periodo comprendido entre el 27 de noviembre y el 29 de diciembre de 2005), ya que, debido a la demora de Telmex en la atención de la solicitud, el servicio devino inútil, al no poder ser aprovechado económicamente por Teleandina.

El Tribunal de Solución de Controversias confirmó la resolución de la primera instancia en los extremos en que fue apelada por Telmex.<sup>296</sup>

#### d. Convergencia contra Telefónica

Esta controversia involucró a las empresas Convergencia Perú S.A. (Convergencia), que prestaba el servicio público de portador de larga distancia nacional e internacional, y Telefónica, empresa privada que prestaba los servicios de portador local, portador de larga distancia nacional y larga distancia internacional. Estas empresas suscribieron un contrato de interconexión y posteriormente tres adendas al contrato, las cuales fueron aprobadas mediante resoluciones del OSIPTEL,<sup>297</sup> cumpliendo así con el esquema de negociación supervisada en materia de interconexión. No obstante, en el 2005 ambas empresas suscribieron un Contrato de Arrendamiento de Circuitos, y entre los años 2009 y 2010 suscribieron dos acuerdos que modificaron la relación de interconexión.<sup>298</sup>

Convergencia denunció a Telefónica planteando entre sus pretensiones principales que el Cuerpo Colegiado declare la validez de su relación de interconexión con Telefónica para la originación y terminación de tráfico y utilización del transporte conmutado de larga distancia nacional desde y hacia las ciudades de Junín, Cajamarca, Ica, Ancash, Cuzco, San Martín, Loreto, Tacna, Ucayali, Puno, Cerro de Pasco, Arequipa, La Libertad, Lambayeque y Piura. Asimismo, entre sus pretensiones accesorias planteó que no se proceda con la suspensión o el corte de la interconexión local ni el servicio de originación/terminación del tráfico prestado por Telefónica a Convergencia.

Mientras que Convergencia solicitó al Cuerpo Colegiado que se mantenga el servicio de transporte conmutado de terminación y originación de llamadas, por considerarlo parte de su relación de interconexión, Telefónica alegó que dicho servicio era ajeno a la relación de interconexión, dado que su prestación fue de carácter provisional y obedecía a su buena voluntad, calificándolo como un servicio de overflow. Asimismo, Telefónica añadió que la supuesta relación de interconexión no sería válida al no contar con la aprobación del OSIPTEL.

El Cuerpo Colegiado declaró infundadas las pretensiones de Convergencia considerando que al haberse modificado la relación de interconexión inicial por la existencia de acuerdos posteriores que no fueron aprobados por OSIPTEL, la exigibilidad de la prestación de los servicios materia de demanda no podría ser convalidada

296. Resolución N° 004-2009-TSC/OSIPTEL del 15 de abril de 2009, emitida en la controversia seguida por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telmex del Perú S.A. (Exp. 001-2008-CCO/OSIPTEL).

297. Resolución N° 129-2000-GG/OSIPTEL del 26 de setiembre de 2000, que aprobó el Contrato de Interconexión suscrito entre Convergencia y Telefónica, el cual establecía la interconexión de la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de Convergencia con la red de servicio de telefonía fija local y de larga distancia de Telefónica. **Primera Adenda**, aprobada mediante Resolución N° 248-2003-GG/OSIPTEL (11.07.2003). Se modifica las condiciones técnicas y económicas aplicables respecto de los enlaces de interconexión entre las redes de ambas empresas.

**Segunda Adenda**, aprobada mediante Resolución N° 355-2004-GG/OSIPTEL (27.07.2004). Se modifica la cláusula sobre provisión de enlaces.

**Tercera Adenda**, aprobado mediante Resolución N° 355-2004-GG/OSIPTEL (27.07.2004). Deja sin efecto la primera adenda y modifica las condiciones técnicas y económicas respecto de los enlaces de interconexión entre las redes de las partes.

298. El contrato de Arrendamiento de Circuitos tuvo como objeto ceder temporalmente en uso de Convergencia los circuitos ubicados en 14 ciudades. Este contrato tuvo una adenda consistente en cambiar el plazo de contratación forzosa de capacidad instalada y ampliar el número de circuitos. Los dos acuerdos eran: Acuerdo de reconocimiento de obligaciones y transacción extrajudicial del año 2009 (Acuerdo 1) y Transacción extrajudicial del año 2010 (Acuerdo 2).

299. Resolución N° 025-2011-CCO/OSIPTEL del 9 de setiembre de 2011, en la controversia seguida por Convergía Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 002-2011-CCO-ST/IX-O- Cuaderno Principal).

300. Primer escenario: Junín, Cajamarca, Ica, Áncash, Cusco, San Martín, Loreto, Tacna, Ucayali y Puno.  
Segundo escenario: Cerro de Pasco, Arequipa, La Libertad, Lambayeque y Piura.

301. Convergía señalaba que, en la medida que con Telefónica habían llegado a acuerdos y contratos posteriores que se venían ejecutando, el escenario contractual haría exigible los servicios relacionados a la interconexión en las 15 ciudades de la relación de interconexión, aun cuando el esquema actual de interconexión que mantenía devenía de una serie de acuerdos adicionales que no habían sido aprobados por el OSIPTEL.

302. Resolución N° 043-2003-CD-OSIPTEL, Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión Artículo 38°: -Sin perjuicio de la denominación que las partes le confieran, los acuerdos entre los operadores a interconectarse que comprendan compromisos u obligaciones relacionados con la interconexión misma, que posibiliten la comunicación entre los usuarios de ambas empresas o que establezcan cargos para el transporte o terminación de llamadas o, en general, cargos de interconexión, constituyen acuerdos de interconexión y deberán ser presentados al OSIPTEL a efectos de su evaluación y pronunciamiento, conforme a las disposiciones de la presente norma.

El artículo 31 del anterior TUO de Interconexión estipulaba que todo operador de servicios públicos de telecomunicaciones debía informar al OSIPTEL, así como al operador con el cual tenga una relación de interconexión establecida, los cambios que introduzca en sus redes que afecten la relación de interconexión con la red u otro servicio público de telecomunicaciones de dicho operador.

por la vía de solución de controversias.<sup>299</sup>

En el análisis del Cuerpo Colegiado se observa que, debido a que existían varios acuerdos entre las empresas –algunos aprobados por OSIPTEL y otros no–, se planteó como aspectos para determinar: la naturaleza de los servicios prestados por Telefónica a Convergía, la naturaleza de la relación existente entre ambas y, de ser el caso, la exigibilidad de los servicios que planteaba Convergía. Para ello, el CCO dividió el análisis en dos escenarios, según las ciudades a las que se prestaba el servicio.<sup>300</sup>

En el primer escenario, el CCO concluyó que los servicios básicos prestados por Telefónica se referían a la terminación de llamadas y al transporte conmutado, no siendo obligación, según las normas y el contrato de interconexión, que se brinde los servicios de originación de llamadas vía transporte conmutado por parte de Telefónica a Convergía. El Cuerpo Colegiado señaló que, por el contrario, incluso existían pronunciamientos de la Gerencia General en los cuales se establecía que solo el servicio de terminación de llamadas vía transporte conmutado sería exigible dentro de una relación de interconexión.

En el segundo escenario se concluyó que era aplicable lo resuelto en el primer escenario respecto a que no era exigible el servicio de originación de llamadas. Por su parte, el CCO señaló que el contrato de Arrendamiento de Circuitos era uno independiente al contrato de Interconexión, cuyo propósito era facilitar o viabilizar la relación de interconexión como principal.

De otro lado, el Cuerpo Colegiado señaló que los contratos de interconexión, al estar celebrados dentro del ámbito de un mercado regulado y por las características especiales que poseen, tenían una naturaleza distinta a la de los contratos civiles, no pudiendo aplicarse las normas de estos últimos a los primeros, como lo sostuvo Convergía para que se atienda su petitorio.<sup>301</sup> Por el contrario, se asegura la vigencia en cada relación de interconexión de las normas del marco regulatorio vigente en materia de interconexión – incluida la relación de Convergía y Telefónica– por el componente de interés público de la misma. Sin embargo, era innegable que, a pesar del nombre otorgado por las partes al servicio de transporte conmutado de terminación y originación de llamadas (denominado por Telefónica como overflow), este servicio estaba siendo, en efecto, prestado por Telefónica a Convergía.<sup>302</sup>

Conforme a ello, el Cuerpo Colegiado estimó pertinente señalar en su resolución final que tanto Telefónica como Convergía tuvieron un comportamiento al margen del ordenamiento que regulaba la negociación supervisada en materia de telecomunicaciones, al suscribir acuerdos y modificaciones de aspectos que involucrarían materias de interconexión y que debían ser aprobadas por el OSIPTEL.<sup>303</sup> En ese sentido, se remitió dicha resolución a las áreas correspondientes de OSIPTEL para que tomen las medidas pertinentes.

En apelación, el Tribunal de Solución de Controversias confirmó la resolución del CCO en los extremos en los que fue apelada, señalando que para que un con-

trato de interconexión, sus modificaciones y demás acuerdos de interconexión tengan efectos jurídicos, era necesario que consten por escrito y sean aprobados por el OSIPTEL, esto debido a que la autonomía para negociarlos debía ejercerse según los límites establecidos en la normativa al considerarse a la materia de interconexión de interés público y social.

El TSC añadió que el reconocimiento de la validez del Contrato de Interconexión y la consecuente prestación de los servicios materia de demanda –y por ende la no suspensión de los servicios– (refiriéndose al servicio de originación de llamadas vía transporte conmutado) no resultaba exigible a través de la vía de solución de controversias.

## 5.5. Habilitación

### 5.5.1. Concepto

En el contrato de interconexión, o en su defecto, en el mandato emitido por el OSIPTEL, se deberán pactar de forma general las características del enlace, la capacidad de transmisión, la ubicación de los puntos de interconexión y otras condiciones que permitirán a las redes de ambas partes interconectarse. En ese sentido, una vez que el solicitante de la interconexión cuente con la información mínima establecida en el contrato o mandato, podrá requerir la habilitación de un enlace o un punto de interconexión mediante una orden de servicio. Dicha habilitación se efectuará según lo establecido en el Proyecto Técnico Económico de Interconexión y en los plazos establecidos en el TUO de Interconexión vigente.<sup>304</sup>

Este escenario implica, en principio, que el otorgante de la interconexión acepte que el solicitante efectivamente ha cumplido con entregar la información mínima en los términos establecidos en el contrato o mandato y, posteriormente, que el Proyecto Técnico Económico propuesto por el otorgante sea aprobado por la otra parte. Ello supone coordinaciones y comunicaciones eficientes entre las partes para cumplir con los plazos establecidos para ello. Sin embargo, cuando las empresas no cumplan con lo previsto en las normas de interconexión para la habilitación de los enlaces o puntos de interconexión por causas imputables a ellas, incurrirán en una infracción al marco regulatorio.<sup>305</sup>

Las instancias de solución de controversias han resuelto diversos procedimientos relacionados con la habilitación de enlaces o redes de interconexión que detallamos a continuación.

304. Artículo 41 del TUO de Interconexión vigente.

305. Numerales 11, 12 y 41 del Anexo 5 del TUO de Interconexión vigente.

306. La conexión indirecta se establece entre las empresas que no cuentan con una interconexión física, y por tanto, se realiza a través del transporte conmutado o tránsito local. Así, por la conexión indirecta, la empresa A (solicitante de la interconexión) se interconecta a las redes de C (en la cual termina el tráfico) utilizando el transporte conmutado o tránsito local provisto por la empresa B quien vendría hacer un intermediario y se encuentra conectada directamente con A y C.

307. Telefónica señaló que su pretensión era acorde con lo establecido en los artículos 77 y 77-A del anterior TUO de Interconexión.

Artículo 77: -La suspensión de la interconexión sustentada en la falta de pago deberá sujetarse a los siguientes criterios:  
(...)

II. El incumplimiento de alguno de los operadores del pago por concepto de un determinado servicio no da lugar a la suspensión de otro servicio que brinde el operador al acreedor. Se entiende que los servicios que las partes se brindan son los que han sido expresamente pactados o establecidos en el contrato de interconexión o en el mandato de interconexión respectivo.

III. El incumplimiento por alguna de las partes del pago de los cargos de interconexión relacionados con un punto de interconexión, faculta al operador acreedor a la suspensión de la interconexión en el punto de interconexión respecto del cual se ha producido el incumplimiento, así como en aquellos otros puntos de interconexión que se encuentren habilitados y no se encuentren suficientemente garantizados a criterio del operador acreedor.

Artículo 77-A.- Dentro de una relación de interconexión, la empresa operadora se encuentra facultada a negar a la empresa operadora acreedora que

## 5.5.2. Controversias

### a. Telefónica contra Teleandina

La controversia enfrentó a Telefónica, la principal operadora de servicios públicos de portador local, larga distancia nacional e internacional y telefonía fija en las modalidades de abonados y de teléfonos públicos y a Teleandina, empresa autorizada para prestar el servicio de portador de larga distancia nacional e internacional en Lima y otras ciudades del Perú. Según Telefónica, Teleandina no habría cumplido con pagar los cargos correspondientes derivados de los mandatos de interconexión que regían la relación entre ambas empresas, pese a que incluso se habrían firmado acuerdos extrajudiciales para dar solución a los problemas de retraso en los pagos que se habrían generado por el incumplimiento de Teleandina. Por ello, Telefónica solicitó que se declare que se encontraba facultada a negarse a habilitar la interconexión directa o indirecta<sup>306</sup> a Teleandina en el escenario fijado hasta que esta cumpla con cancelar el íntegro de sus deudas contraídas con la denunciante.<sup>307</sup>

En el 2000, el OSIPTEL ordenó un mandato de interconexión entre Telefónica, Teleandina y Telefónica Servicios Móviles (TSM) por el cual se establecían las condiciones para interconectar las redes de los servicios portador de larga distancia nacional e internacional para la telefonía fija local y móvil (interconexión fija - larga distancia). En virtud de dicho mandato se proveyeron 48 enlaces de interconexión (E1s), de los cuales 20 fueron habilitados.

Telefónica, durante el periodo del 2001 al 2003, suspendió hasta en dos oportunidades la interconexión a Teleandina porque esta no habría cumplido con pagar los cargos correspondientes por dicho servicio. No obstante, debido a un acuerdo extrajudicial firmado por estas dos empresas se rehabilitaron 10 enlaces para la interconexión fija -larga distancia.<sup>308</sup>

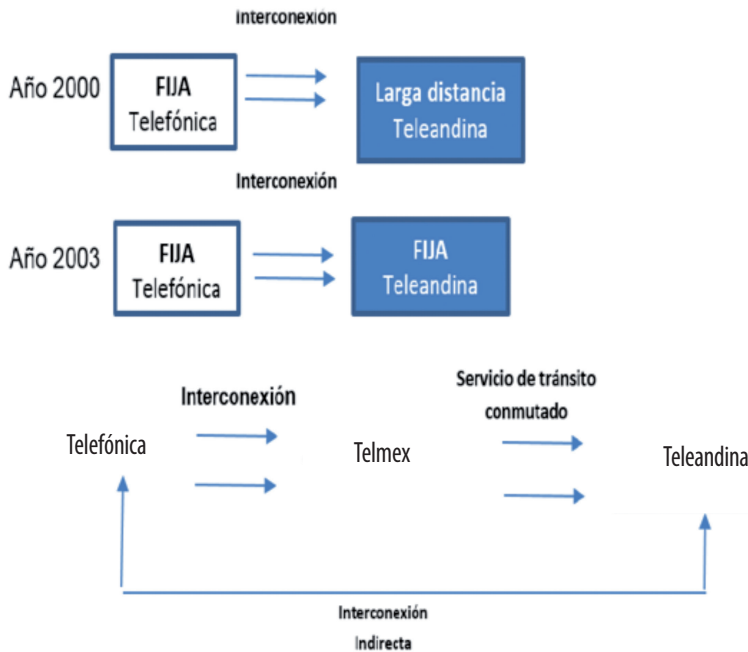
En el 2003, el OSIPTEL emitió otro mandato de interconexión que establecía las condiciones aplicables para la interconexión de la red de servicio de telefonía fija local con la modalidad de abonados y teléfonos públicos de Teleandina con las redes de los servicios de telefonía fija local y portador de larga distancia nacional y de larga distancia internacional de Telefónica (interconexión fija- fija).

Es decir, se emitieron dos mandatos de interconexión entre Telefónica y Teleandina, el primero denominado fija - larga distancia y el segundo fija- fija. No obstante, pese a que Teleandina solicitó en más de una oportunidad que Telefónica le habilite los enlaces para la interconexión de la red fija- fija (28 E1s), Telefónica se negó a este pedido señalando que estas redes se encontraban suspendidas por falta de pago de los cargos correspondientes. Es más, la denunciante en reiteradas oportunidades puso en conocimiento a Teleandina y al OSIPTEL su negativa a habilitar la interconexión hasta que Teleandina cumpliera con cancelar sus deudas.

Posteriormente, Teleandina solicitó que Telefónica habilite la interconexión

indirecta de sus redes, ya que esta empresa había contratado con Telmex un servicio de tránsito conmutado por el cual Teleandina se interconectaría y terminaría el tráfico de sus llamadas en las redes de Telefónica. Al respecto, Telefónica señaló que no habilitaría la interconexión indirecta vía Telmex hasta que Teleandina cumpla con cancelar sus deudas.

En este contexto se puede apreciar tres relaciones graficadas a continuación:



Fuente: OSIPTEL.

Telefónica sustentó su denuncia señalando que la relación de interconexión entre dos operadores era una sola, al margen de la existencia de distintos escenarios o servicios que los operadores prestaban, por lo que, la suspensión por falta de pago de la interconexión fija - larga distancia, impedía que Teleandina se beneficie de un nuevo servicio de interconexión, sea este prestado por Telefónica, o indirectamente a través de otro operador. Más aun si a través de la interconexión indirecta, Teleandina eludiría el pago de las deudas que motivaron la suspensión de la interconexión. Este argumento tuvo como fundamento los artículos 77 y 77-A del anterior TZO de Interconexión y el propio mandato de interconexión que regía la relación de ambas empresas para la interconexión fija- fija.

mantiene deuda exigible y no pagada lo siguiente:

- (i) La habilitación de nuevos enlaces de interconexión en los puntos de interconexión ya habilitados.
- (ii) La habilitación de nuevos puntos de interconexión previstos o no en el Contrato de Interconexión o en el Mandato de interconexión.

La empresa acreedora pierde esta facultad cuando la empresa operadora deudora, una vez cumplidos los requisitos para la habilitación de nuevos enlaces de interconexión o de nuevos puntos de interconexión cumple con el pago de las sumas adeudadas o proporciona garantías suficientes para el pago de dichas sumas.

308. Ambas empresas declararon la resolución de la transacción extrajudicial y Teleandina acudió al Poder Judicial para ejecutar dicha transacción. Además Teleandina inició tres procedimientos administrativos ante OSIPTEL respecto del primer mandato emitido en el 2000 que regía la interconexión fija - larga distancia. Cabe resaltar que la interconexión de este primer mandato se encontraba suspendida por falta de los pagos correspondientes a cargo de Teleandina.

Como parte de su defensa, Teleandina señaló que según el mandato que regía la relación de interconexión entre esta y Telefónica no había prohibición o limitación alguna para que se impidiese la interconexión solicitada. Además que no se podía extender el estado económico de una relación de interconexión a otra distinta porque cada una de ellas obedece a reglas y obligaciones específicas.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia determinó que tanto el artículo 77 y 77-A del anterior TUO de Interconexión, facultaban al operador acreedor a suspender la interconexión en cualquier punto, y a negarse a habilitar nuevos enlaces y puntos de interconexión, siempre y cuando la empresa deudora mantuviera una deuda exigible y no pagada únicamente dentro de una misma relación de interconexión establecida en el mandato o contrato respectivo y no al supuesto que se presentaría en este caso en el que se estaría condicionando la efectiva ejecución de una relación de interconexión (fija-fija) al pago de deudas derivadas de otra relación de interconexión (fija- larga distancia). Por ello, el CCO determinó que debido a que en la controversia existían dos relaciones de interconexión que eran independientes una de la otra, Telefónica no se encontraría facultada a negarse a habilitar la interconexión directa con Teleandina en el escenario fija- fija si su sustento era el incumplimiento de esta última a cancelar las deudas generadas en otra relación de interconexión que mantenía con la denunciada.

No obstante, el mandato que regía la relación de interconexión fija- fija sí condicionaba la ejecución efectiva de la interconexión a la no existencia de deudas derivadas de otra relación de interconexión. Así el mandato establecía lo siguiente:

**"Debido a razones de índole comercial, la relación que mantenemos con VIRTUAL SERVICE Perú sufrirá drásticos cambios que pueden a su vez afectar el servicio que usted recibe de dicha empresa a través de nuestra infraestructura, por lo que consideramos que es del mejor interés de su empresa contratar el servicio que usted tiene directamente con nosotros a fin de mejorar la calidad que usted actualmente goza y contar con condiciones de confiabilidad y continuidad que sólo nosotros podemos garantizarle."** (Las negritas están en el texto, el subrayado es agregado)

Fuente: Expediente 003-2005.

Al respecto, el CCO analizó si se cumplían los requisitos para la aplicación de la referida condición establecida en el mandato; es decir, si para la interconexión fija - fija se requería la infraestructura de la interconexión fija – larga distancia y si Teleandina adeudaba a Telefónica montos por el servicio de adecuación de red y por enlaces de interconexión fija-larga distancia. El CCO determinó que si se cumplían ambos requisitos se podía concluir que Telefónica estaba facultada legítimamente a negarse a habilitar la interconexión a Teleandina en el escenario fija- fija.

De lo establecido en ambos mandatos de interconexión y de las comunicaciones cursadas entre ambas empresas, el CCO concluyó que la infraestructura de habilitación requerida a Telefónica para la habilitación de la interconexión fija-fija era



la misma infraestructura comprendida dentro de la infraestructura originalmente solicitada por dicha empresa para la habilitación de la interconexión fija-larga distancia. Y respecto al segundo requisito, el CCO determinó que Teleandina, en el acuerdo extrajudicial celebrado con Telefónica, había reconocido expresamente mantener una deuda pendiente derivada de los servicios de la interconexión fija-larga distancia.<sup>309</sup>

En su Resolución Final,<sup>310</sup> el CCO declaró fundada en parte la denuncia, toda vez que Telefónica solo se encontraba facultada a negarse a habilitar la interconexión a Teleandina en el escenario fija-fija, siempre y cuando Teleandina no cumpliera con lo establecido en el mandato de interconexión previsto para este escenario, y no si su sustento eran los artículos 77° y 77-A del anterior TUO de Interconexión. Además, sobre la interconexión indirecta determinó que Telefónica no era la responsable de brindar esta provisión a Teleandina sino Telmex; es decir, Telefónica no formaba parte de la relación material establecida entre Teleandina y Telmex en la prestación del servicio de transporte conmutado por lo que declaró Improcedente en este extremo la denuncia.

En apelación, el Tribunal de Solución de Controversias confirmó la resolución del CCO en parte, señalando que a diferencia de lo que el CCO consideró como “servicio” en la interpretación del artículo 77° del anterior TUO de Interconexión, el TSC consideraba que las operadoras no se brindaban entre sí el servicio de interconexión fija-fija y fija-larga distancia, entendida esta como el que proveen a sus usuarios para que se comuniquen, sino lo que ocurría entre las operadoras es que se prestaban servicios que hacían posible la interconexión entre sus redes para que luego brinden sus servicios de telecomunicaciones a sus usuarios. Esta interpretación constituyó un precedente de observancia obligatoria.<sup>311</sup>

En ese sentido, el TSC consideró que la interconexión fija-larga distancia y fija-fija constituían escenarios o tipos de interconexión para que las partes puedan brindar a sus usuarios los servicios para los que tienen la concesión. Ello era relevante para analizar si para que Teleandina empleara un mismo servicio para propósitos de que se efectivice el escenario fija-fija, era indispensable que previamente salde sus deudas con Telefónica por dicho servicio en el escenario fija-larga distancia.

El TSC determinó que tanto los artículos 77° y 77-A del anterior TUO de Interconexión tenían un carácter excepcional de la suspensión de la interconexión, ello en la medida que buscaban proteger los intereses de los usuarios de estos servicios, por lo que su interpretación debía ser restrictiva. Por lo tanto no amparó la interpretación que realizó Telefónica, que consistía en que ante la falta de pago de un determinado servicio de interconexión en cualquier escenario, el operador acreedor no solo podía suspender el servicio impago sino además trasladar dicha suspensión a cualquier otro escenario de interconexión en la que la otra parte fuese Teleandina.<sup>312</sup>

Por otro lado, el TSC precisó que la relación entre Teleandina y Telmex era una

309. Pese a que Teleandina presentó varias facturas que acreditarían el pago de la deuda, estas habrían sido emitidas antes de celebrar la transacción extrajudicial con Telefónica. Por lo que se concluyó que lo presentado por la denunciada no acreditaba el pago de la deuda referida en la transacción extrajudicial.

310. Resolución N° 032-2006-CCO/OSIPTEL del 22 de junio de 2006, emitida en la controversia iniciada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Compañía Telefónica Andina S.A. (Exp. 003-2005-CCO-ST/IX).

311. “Se debe entender por “servicio” a efectos de lo previsto en el artículo 77° del TUO de las Normas de Interconexión, a cada una de las prestaciones que las operadoras deben brindarse mutuamente para que se haga efectiva la interconexión de sus redes, según como haya sido pactado o establecido en el contrato o mandato respectivo. Asimismo, cabe precisar que no corresponde identificar los “servicios” referidos en la mencionada norma con los servicios públicos que los operadores brindan a sus usuarios, pues estos no forman parte de alguna relación de interconexión, al estar conformada esta por el conjunto de acuerdos establecidos entre empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, con el fin que los usuarios de una de ellas se comuniquen con los usuarios de la otra”.

312. Resolución N° 016-2006-TSC/OSIPTEL del 6 de octubre del 2006, emitida en la controversia iniciada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Compañía Telefónica Andina S.A. (Exp. 003-2005-CCO-ST/IX).

de interconexión vía transporte conmutado local con liquidación indirecta, por lo que únicamente Telmex se encontraría facultada a solicitar garantías suficientes u oponerse a brindar el servicio de transporte conmutado. Además señaló que Telefónica hubiese podido negarse a que Teleandina termine su tráfico en su red vía transporte conmutado si se hubiese pactado la liquidación directa, ya que en este supuesto el solicitante del servicio asume ante el operador de la tercera red los cargos de interconexión. En este extremo revocó la Resolución emitida por el CCO que declaraba improcedente esta pretensión y la declaró Infundada.<sup>313</sup>

313. *Ibíd.*

## b. Teleandina contra Telmex

La controversia enfrentó a Teleandina, empresa autorizada para prestar el servicio de portador de larga distancia nacional e internacional en Lima y otras ciudades del Perú y a Telmex, empresa autorizada a prestar el servicio de portador de larga distancia nacional e internacional y el servicio de telefonía fija local. La conducta denunciada consistía en que Telmex no habría cumplido con su obligación de prestar y habilitar el servicio de interconexión indirecta desde la red de Teleandina hacia redes de otros operadores, pese a que en virtud del contrato de interconexión ambas partes habían pactado brindarse el servicio de transporte conmutado local hacia y desde la red de un tercer operador.<sup>314</sup>

Además, Teleandina señaló que Telmex habría dilatado la habilitación de la interconexión directa por dos años, pese a que esta había cumplido con todas las condiciones previstas en el Contrato para la habilitación de la interconexión. El plazo máximo previsto en el contrato para la habilitación era de 45 días.

Teleandina señalaba que había hecho llegar a Telmex una carta fianza por el monto de US\$ 28.000.00 que serviría para garantizar todas las obligaciones económicas por los servicios de interconexión que le eran prestados por Telmex. Sin embargo, Telmex habría decidido arbitrariamente destinar la Carta Fianza únicamente para la interconexión directa y no para la indirecta, y ello era la razón de la falta de habilitación de la interconexión indirecta.

Telmex como parte de su defensa señaló que Teleandina no había garantizado los cargos de la interconexión indirecta. Esta situación, según Telmex habría sido comunicada a la denunciante a través de una carta en la que señalaba que dicha garantía solo sería aplicada al escenario de la interconexión directa por lo que le solicitó que emita las fianzas complementarias para cada escenario de interconexión. En ese sentido, Telmex consideraba que su negativa a habilitarle la interconexión era justificada.

Sobre las supuestas dilataciones en la habilitación, Telmex señaló que ello debía analizarse desde que procedió la solicitud de interconexión; es decir desde el momento en que Teleandina cumplió con las condiciones del contrato de interco-

314. Teleandina amparaba su denuncia en el artículo 22 del anterior TUO de Interconexión: "Artículo 22°.- El transporte conmutado local, denominado también tránsito local, es el conjunto de medios de transmisión y conmutación de un portador local que enlazan las redes de distintos operadores o de un mismo operador concesionario en una misma área local. En la relación entre los distintos operadores cuyas redes se enlazan a través del transporte conmutado local, denominada interconexión indirecta, no es exigible un contrato de interconexión. Sin embargo, el operador a quien se solicite la interconexión indirecta, no brindará el transporte conmutado local, o suspenderá el que está brindando, si el operador solicitante de la interconexión indirecta no otorga garantías razonables y suficientes por la liquidación y recaudación de los cargos de interconexión correspondiente, o si las garantías otorgadas devienen insuficientes; tales facultades del operador que provee el transporte conmutado local subsisten, mientras el operador de la red que solicitó la interconexión indirecta no satisfaga las mencionadas condiciones (...)".

nexión celebrado entre ambas empresas. En consecuencia, según Telmex, si hubo algún retraso en la interconexión retraso en la interconexión ello fue generado por Teleandina al no cumplir con presentar: i) la orden de servicio y la información necesaria para su solicitud de interconexión, ii) cancelar a tiempo las facturas por la interconexión y iii) presentar la carta fianza para avalar la interconexión directa.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia señaló que de acuerdo con el marco vigente, en una relación de interconexión, cualquiera de las empresas se encontraba facultada a solicitar a la otra el otorgamiento de garantías para cubrir las obligaciones de una determinada relación.<sup>315</sup> Por ello, si se presentaba una garantía para avalar las obligaciones de una interconexión directa, dicha garantía no sustituía o reemplazaba a la garantía que cualquiera de las empresas podría solicitar para el servicio de transporte conmutado (interconexión indirecta),<sup>316</sup> ya que ambas garantías eran independientes una de la otra, en la medida que estaban destinadas a cubrir escenarios distintos y respondían además a una lógica diferente.<sup>317</sup> Así, la finalidad de la garantía en la interconexión indirecta era avalar las obligaciones que se podían generar al operador que prestaba el servicio de tránsito local frente a terceros; mientras que las garantías para la interconexión directa tenían como propósito garantizar el pago de las obligaciones generadas mutuamente entre las partes que formaban dicha relación.

Bajo lo señalado en el párrafo anterior y sobre la base de los documentos presentados por ambas empresas, el CCO determinó que Teleandina debió presentar una garantía adicional para sus obligaciones económicas que pudieran generarse por el servicio de transporte conmutado (interconexión indirecta) ya que la que había presentado únicamente cubría el escenario de la interconexión directa. En ese sentido, Teleandina no habría cumplido con todos los requisitos exigidos para la habilitación de la interconexión indirecta (uno de ellos era presentar las garantías) por lo que el CCO declaró infundada la denuncia en este extremo.<sup>318</sup>

Por otro lado, con respecto a la dilatación en la habilitación directa, el CCO señaló que para que se pudiese generar la obligación de la habilitación de la interconexión, el solicitante de esta debía cumplir con los requisitos establecidos por la legislación vigente para tal efecto y con lo acordado en el contrato de interconexión. En ese sentido, el CCO determinó que la habilitación efectiva de los puntos de interconexión en el periodo establecido en el Contrato de Interconexión directa no había sido posible porque ambas partes no actuaron con diligencia e idoneidad<sup>319</sup> en la etapa de coordinaciones y comunicaciones, por lo que no se podía atribuir directamente la infracción a la parte proveedora del servicio. El CCO declaró Infundada la denuncia al no haberse acreditado que la dilación indebida en la habilitación de la interconexión directa era responsabilidad exclusiva de Telmex.<sup>320</sup>

En apelación, el TSC confirmó la resolución del CCO, señalando que debido a que se habían realizado constantes cambios en las condiciones contractua-

315. Anterior TUO de Interconexión Artículo 62°. El procedimiento de liquidación, facturación y pago establecido en el presente subcapítulo, se aplica a la relación de interconexión que:

a) Se haya originado en un Mandato de Interconexión emitido por OSIPTEL.

b) Se haya originado en un Contrato de Interconexión aprobado por OSIPTEL y en el cual no se ha contemplado un mecanismo para la liquidación, facturación y pago.

c) Se haya originado en un Contrato de Interconexión aprobado por OSIPTEL y una de las empresas operadoras involucradas haya solicitado a la otra parte, mediante comunicación escrita y remitida por conducto notarial, acogerse a este procedimiento. Deberá remitirse a OSIPTEL una copia de esta comunicación. La aplicación de este literal implica que la empresa operadora considera que este procedimiento constituye una mejor práctica respecto del establecido en su contrato de interconexión, en los temas relacionados con las liquidaciones de tráfico, facturación y pago.

Para los casos contemplados en los literales a), b) y c) del presente artículo el monto de la garantía a otorgarse será definido en función al promedio aritmético del tráfico efectivamente cursado y conciliado de los dos últimos periodos de liquidación. En caso, de no contar con esta información se aplicará el monto establecido en el artículo 62°-B.

Para todos los casos, las características de la garantía serán las establecidas en el artículo 62°-B de la presente norma.

316. Artículo 22 del anterior del TUO de Interconexión.

317. Inicialmente solo para el escenario de la interconexión indirecta en el caso en el que el sistema de liquidación pactado para el pago de los cargos fuese el de liquidación en cascada. La lógica de esta garantía fue minimizar el riesgo para el proveedor del servicio de transporte conmutado derivado de tener que asumir el pago de los cargos de terminación correspondientes a la empresa solicitante ante las terceras redes.

les, incluso obviando la formalidad prevista en el mismo contrato de interconexión, no resultaba aplicable la disposición que establecía un plazo fijo (45 días) para la habilitación inicial de los puntos de interconexión, ya que no era exigible al no haberse podido determinar si los plazos se vencieron o estuvieron por vencerse en algún momento de esta extensa negociación. Menos aun si no se había constituido en mora a Telmex por el supuesto incumplimiento de su obligación.<sup>321</sup>

No obstante, y sin perjuicio de ello, el TSC señaló que de una evaluación general de los hechos se revelaría que la demora en implementar la interconexión era atribuible a ambas partes, pues había quedado acreditado que las partes estuvieron en constantes tratativas, las mismas que incluso habrían significado modificaciones a las condiciones iniciales del contrato de Interconexión celebrado y el tiempo transcurrido revelaría que estuvieron negociando el cumplimiento de requisitos y pagos relacionados.

318. Resolución N° 028-2006-CCO/OSIPTEL del 13 de noviembre del 2006, emitida en la controversia iniciada por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telmex Perú S.A. (Exp. 007-2005-CCO-ST/IX).

319. A lo largo de este periodo se constató que existían numerosas cartas que ambas partes se habían cursado en las que se puede concluir que la demora en la habilitación de la interconexión se sustenta en que la negociación requirió un largo periodo debido a que se necesitaba cumplir con los requisitos establecidos para que dicha implementación pudiese resultar efectiva: (i) información técnica necesaria; (ii) pago por adecuación de red; y (iii) otorgamiento de garantías.

320. Resolución N° 028-2006-CCO/OSIPTEL del 13 de noviembre del 2006, emitida en la controversia iniciada por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telmex Perú S.A. (Exp. 007-2005-CCO-ST/IX).

321. Resolución N° 003-2007-TSC/OSIPTEL del 13 de febrero del 2007, emitida en la controversia iniciada por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telmex Perú S.A. (Exp. 007-2005-CCO-ST/IX).

## 5.6. Uso indebido

### 5.6.1. Concepto

Los contratos o mandatos de interconexión establecen las condiciones técnicas, económicas y legales que deberán regir una determinada relación de interconexión. Así por ejemplo, las condiciones que se establezcan para interconectar dos redes fijas serán distintas de las que se establezcan para la interconexión de una red fija con otra de larga distancia. Por ello, cada contrato o mandato ordenado por el OSIPTEL se deberá adecuar a los fines que persigue la interconexión, estableciéndose condiciones particulares que coadyuven al cumplimiento de dicho fin. En ese sentido, todo uso que se haga de la interconexión para fines que no se encuentran previstos en el contrato o mandato constituirá un uso indebido.

### 5.6.2. Controversias

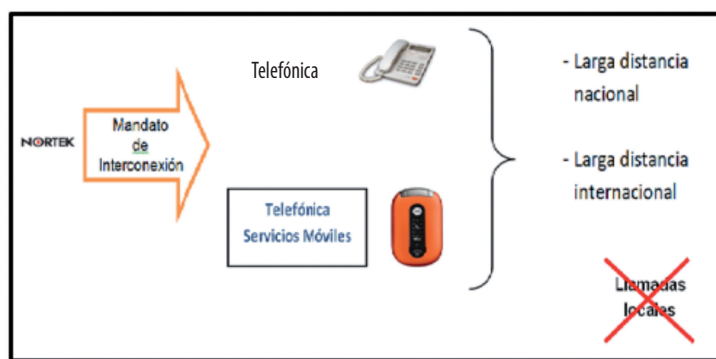
#### a. Telefónica contra Nortek (I)

Telefónica denunció a Nortek, empresa portadora de servicios de larga distancia nacional e internacional, a través de las modalidades de conmutado y no conmutado. La conducta denunciada consistía en que Nortek habría cursado tráfico local

pese a que, según los alcances del mandato de interconexión entre esta y Telefónica, solo se le permitía cursar llamadas nacionales e internacionales mas no locales. Por ello, Telefónica consideró que Nortek habría realizado un uso indebido del mandato de interconexión por haberlo utilizado para fines que no se establecieron en dicho mandato.

En 1999, OSIPTEL había ordenado un mandato de interconexión entre Nortek, Telefónica y Telefónica Servicios Móviles (TSM), por el cual se establecían las condiciones técnicas, económicas, legales y operativas que debían regir la interconexión de redes y servicios entre estas empresas. Una de las cláusulas establecía que por la interconexión se permitía que las llamadas telefónicas de larga distancia nacional y larga distancia internacional desde y hacia las redes de Nortek sean cursadas correctamente a través de las redes de Telefónica y TSM. Por este servicio Nortek debía pagar los cargos correspondientes.

Así, en el marco de esta interconexión, Telefónica y TSM hacían posible que las llamadas de larga distancia nacional y de larga distancia internacional que se originaban o terminaban en sus redes de telefonía fija local y móvil, respectivamente, se cursaran por la red portadora de Nortek. La relación que existía entre estas tres empresas era de la siguiente manera:



Fuente: OSIPTEL.

Durante el desarrollo del procedimiento se constató que mediante la tarjeta prepago de larga distancia de Nortek utilizada desde un número de red fija de Telefónica, marcando el número de acceso 080080019, se podían realizar llamadas locales fijo-fijo y fijo-móvil, anticipando los dígitos '01' al número de destino.<sup>322</sup>

Al respecto, como parte de su defensa, Nortek señaló que el hecho de que fuese técnicamente posible realizar llamadas locales mediante su tarjeta prepago era una

322. Hechos verificados el 24 de abril del 2003 en la central de Telefónica por la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL.

323. Es un software que se encarga de identificar las llamadas realizadas y verificar si estas deben progresar o no. Sobre esta base de datos, las centrales de las redes de interconexión completan o no el tráfico de las llamadas.

324. Resolución N° 011-2005-CCO/OSIPTEL del 4 de noviembre del 2005, emitida en la controversia iniciada por Telefónica del Perú S.A.C. contra Nortek Communications S.A.C y otros (Exp. 015-2003-CCO-ST/IX).

Al respecto, la multa impuesta por esta infracción fue de 70 UIT. Sin embargo, cabe destacar que en este caso el CCO impuso otras sanciones a Nortek, y a las empresas Limatel S.A. (Limatel) y Full Line S.A.C. (Full Line) – empresas que también fueron denunciadas por infracciones al marco normativo de interconexión- debido a que se comprobaron otras infracciones denunciadas por Telefónica:

- Se sancionó Nortek y Full Line por infringir el anterior TUO de Interconexión, ya que estas empresas se interconectaban al margen del procedimiento de negociación supervisada para cursar llamadas larga distancia fijo-fijo (Lima – Arequipa), imponiéndoles multas de 51 UIT a cada una de ellas.
- Se sancionó a Nortek y Limatel por infringir el anterior TUO de Interconexión, debido a que estas empresas se interconectaron al margen del procedimiento de negociación supervisada para cursar llamadas local fijo-fijo (Lima-Lima), larga distancia fijo-fijo (Lima-Arequipa) y larga distancia fijo-móvil (Lima-Arequipa), imponiéndoles una multa de 60 UIT a cada una de ellas.
- Se sancionó a Nortek por actos contrarios a la cláusula general contenida en el artículo 6 del Decreto Ley 26122, ya que esta empresa se negó injustificadamente a suscribir las actas de conciliación de tráfico, sancionándola con una multa de 80 UIT.
- Se sancionó a Nortek por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, ya que esta empresa difundió afirmaciones denigratorias contra Telefónica, sancionándola con una multa de 7 UIT.

De esta manera, por las distintas infracciones contra las normas de interconexión y de competencia desleal que cometió Nortek, el CCO la sancionó con un total de 268 UIT (en total, considerando a Limatel y Full Line, se impusieron 379 UIT de multa). Finalmente, de

situación que escapaba de su manejo. Una prueba de ello era que no habían promocionado, comercializado o inducido al uso de dichas tarjetas para realizar llamadas locales sino únicamente llamadas de larga distancia.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia determinó que Nortek, al ser un operador de larga distancia, en su plataforma de tarjeta prepago<sup>323</sup> debió identificar el número desde el cual se originaban las llamadas y contrastarla con el número con el cual el usuario pretendía comunicarse, de tal forma que solo las llamadas de larga distancia siguieran su curso y evitar que las llamadas locales progresaran. Sin embargo, el CCO comprobó que Nortek no había programado este filtro y ello permitió que progresen las llamadas locales como si fueran de larga distancia a través del tráfico cursado por Telefónica.

Además de ello, el CCO tuvo en cuenta que las centrales de Telefónica no tenían la posibilidad técnica de descubrir que el tráfico no era de larga distancia más aun si estas venían desde la plataforma de Nortek identificadas con el prefijo 01 que era propio de las llamadas de larga distancia. En ese sentido, el CCO declaró Fundada la denuncia por el uso indebido del mandato de interconexión entre Nortek y Telefónica debido a que Nortek habría habilitado sus tarjetas prepago de larga distancia para cursar llamadas locales, pese a que según el mandato solo se podía efectuar llamadas a larga distancia nacional e internacional.<sup>324</sup>

## b. Telefónica contra Nortek (II)

Esta controversia enfrentó nuevamente a Telefónica y a Nortek. Según Telefónica, Nortek había infringido las normas de interconexión al utilizar la línea de abonado 080000119 de la red inteligente de AT&T para cursar llamadas de larga distancia originadas en su red. Ello debido a que Nortek no tenía habilitada la interconexión con Telefónica para llamadas de larga distancia por falta de pago de los cargos correspondientes, por lo que para seguir generando tráfico desde la red de Telefónica se habría valido del contrato de abonado celebrado con AT&T, eludiendo de esta forma las obligaciones que tenía con Telefónica.

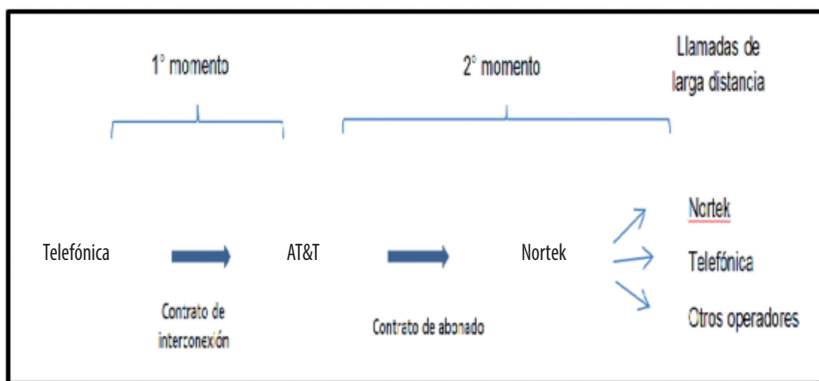
En el 2002, AT&T había suscrito con Nortek un contrato por el cual este último podía utilizar las facilidades de la red inteligente bajo la serie 0800 de titularidad de AT&T con la finalidad de que sus usuarios puedan comunicarse gratuitamente con ella.<sup>325</sup> El número asignado por AT&T fue 080000119. Este tipo de contratos que tienen por objeto la prestación de un servicio de cobro revertido a través de la serie 080-C, solo se podía suscribir cuando una de las partes era una empresa operadora y el suscriptor tenía la calidad de abonado de un servicio público de telecomunicaciones, en este caso, AT&T y Nortek, respectivamente.

En ese sentido, Nortek estaba sujeto a las obligaciones que establecían las normas sobre la materia para todos los usuarios de estos servicios, por lo que si se veri-

ficaba que había efectuado un mal uso del contrato de abonado, se le debía aplicar las medidas previstas para ello.<sup>326</sup>

Durante el desarrollo del procedimiento se verificó que Nortek había utilizado el número 080000119 contratado con AT&T para cursar tráfico de larga distancia; pese a que, de acuerdo con la legislación vigente en ese periodo, no estaba permitido que a través de una línea de abonado pueda prestarse un servicio público de telecomunicaciones como el brindado por la denunciada, mientras no se cuente con el título habilitante que la autorice a prestar un servicio de esta naturaleza, en particular, un acuerdo de interconexión con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones o por un contrato de comercialización.<sup>327</sup>

Ahora, en las llamadas de larga distancia cursadas por los usuarios de Nortek a través de las tarjetas prepago podía apreciarse dos momentos: (i) el uso de la interconexión entre Telefónica y AT&T para el encaminamiento de las llamadas y (ii) a partir del momento en el que la llamada era encaminada desde el número 080000119 hacia una red de larga distancia, con la finalidad de completar llamadas de larga distancia. A continuación graficamos la relación que existía entre estas empresas.



Fuente: OSIPTEL.

Así, el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia determinó que en el primer escenario la interconexión entre ambas empresas era el medio común y obligatorio de acceso de una llamada generada en la red de Telefónica destinada a la red inteligente de AT&T, por lo que no habría un uso indebido de la interconexión considerando además que AT&T pagaba los cargos correspondientes. Ahora, en el segundo momento, desde que las llamadas ingresaban a la red de AT&T, dicho tráfico le pertenecía a su red, por lo que toda uso que se hubiese realizado del mismo, que no

las tres empresas sancionadas en este caso, la única que apeló fue Limatel. Sin embargo, el TSC decidió confirmar la resolución del CCO en el extremo de la comisión de la infracción de Limatel y Nortek, por haberse interconectado al margen del procedimiento de negociación supervisada, así como la sanción de 60 UIT que se le impuso, dejándolo la resolución firme en lo demás que contiene.

La resolución de segunda instancia es la Resolución N° 005-2006-TSC/OSIPTEL del 14 de febrero del 2006, emitida en la controversia iniciada por Telefónica del Perú S.A.C. contra Nortek Communications S.A.C. y otros (Exp. 015-2003-CCO-ST/IX).

325. Este contrato se realizó bajo las normas del Plan Técnico Fundamental de Numeración (PTFN), por el cual se dispone que los servicios correspondientes a las facilidades de red inteligente deben prestarse a través de la estructura de numeración 800XXXXX. Asimismo, conforme a lo previsto en dicho documento, la serie 800 del servicio de cobro revertido automático o llamada libre de pago es aquella que permite que se le asigne a un suscriptor de la serie uno o más números telefónicos de modo que permita a usuarios llamar gratuitamente a dichos números, cargando el valor de la tarifa al suscriptor.

326. En este caso, la desconexión de la línea de abonado siguiendo el procedimiento establecido para ello. Así, AT&T suspendió o desconectó cautelarmente el servicio de abonado que había contratado Nortek, solicitando previamente que se comprueben los hechos comunicados y que se realicen las acciones de fiscalización por parte de los funcionarios competentes de OSIPTEL.

327. El marco regulatorio vigente durante el desarrollo del procedimiento estableció dos formas para poder cursar tráfico de larga distancia. El primero, cuando un concesionario del servicio portador de larga distancia celebraba un acuerdo de interconexión con el concesionario de la red local, sea para brindar el servicio a través del sistema de preselección, del sistema de llamada por llamada o a través de tarjetas prepago. Y la segunda, denominada comercialización de tráfico por el cual un concesionario compraba un volumen al por mayor del tráfico para revenderlo al por menor.

328. Resolución N° 007-2004-CCO-ST/IX del 8 de noviembre del 2004, emitida en la controversia iniciada por Telefónica del Perú S.A.C contra Nortek Communications S.A.C. (Exp. 001-2004-CCO-ST/IX).

329. Resolución N° 005-2005-TSC/OSIPTEL del 9 de marzo del 2005, emitida en la controversia iniciada por Telefónica del Perú S.A.C contra Nortek Communications S.A.C. (Exp. 001-2004-CCO-ST/IX).

330. En esta controversia también se sancionó a Telefónica por infringir el artículo 5 inciso f) y el inciso a) del DL 701, conductas que fueron incluidas en la sección respectiva.

331. Cabe resaltar que también se denunció a Telefónica por la comisión de 3 conductas más consistentes en la negativa injustificada de trato: a prestar el servicio de facturación y cobranza, a la interconexión satelital y al acceso a la red de telefonía pública a través de la Numeración 133. Estas 3 conductas fueron declaradas infundadas. Por otro lado, también se denunció que Telefónica habría desviado llamadas de larga distancia provenientes de las redes de AT&T, infringiendo de esta forma el Reglamento de Preselección. Por esta conducta se le impuso a Telefónica una amonestación.

332. Las prestaciones bajo esta serie (0-80C), objeto del mandato de interconexión, involucraban tres escenarios: 0800 (Llamada libre o cobro revertido), por el cual los usuarios de AT&T podían llamar gratuitamente a esta operadora; 0801 (Pago compartido), en este supuesto tanto el suscriptor como el usuario compartían la tarifa que correspondía

sea la derivada del uso normal de una línea de abonado, debió contar con su autorización y adicionalmente también de la empresa operadora que cursaría el tráfico de larga distancia para completar estas llamadas.

Al respecto, Telefónica señaló que debido a que las llamadas de larga distancia realizadas mediante el uso de tarjetas prepago se originaban en su red, estas le pertenecían, por lo que cualquier uso sin su autorización o no establecido en los términos del contrato de interconexión constituían un uso indebido. Además, alegó que la infracción de las normas de interconexión no solo se configuraba desde que Nortek enrutaba su tráfico hacia la red de un tercer operador para completar sus llamadas de larga distancia, sino desde que obviaba cumplir con el marco regulatorio aplicable.

El CCO determinó que el tráfico de larga distancia generado a partir de la utilización de la tarjeta prepago de Nortek pertenecía a la red de AT&T en su calidad de propietario del número de red inteligente 080000199 contenido en la tarjeta en cuestión sin que sea relevante que la comunicación se hubiera originado en la red del servicio local de Telefónica o de un operador distinto. De esta forma, si bien se había verificado un uso indebido, este era del contrato de abonado celebrado entre AT&T y Nortek, en la medida en que la denunciada habría utilizado el número de abonado para fines que no fueron previstos en el contrato, al utilizar este servicio para cursar llamadas de larga distancia, pese a que solamente podía utilizarlo para recibir llamadas gratuitas de sus abonados. Por ello, debido a que se realizó un uso indebido del contrato de abonado y no de la interconexión se declaró infundada la denuncia en este extremo.<sup>328</sup>

Asimismo, no se probó que Nortek hubiese utilizado la red de larga distancia de Telefónica para transportar las llamadas realizadas mediante el marcado del número 080000119, sino que se pudo haber valido de cualquier otro operador de larga distancia para hacer que tales comunicaciones llegaran a su destino. En ese sentido, el CCO descartó que Nortek hubiese infringido las normas de interconexión, más aún si no existía una relación de interconexión entre la denunciada y el operador cuya red fue utilizada por esta empresa para transportar las llamadas de larga distancia.

En apelación, el TSC confirmó la resolución del CCO, señalando que el comportamiento de Nortek constituía un uso indebido de la línea de abonado y para ello sí se había aplicado las sanciones pertinentes de acuerdo con la normativa vigente que consistía en la desconexión cautelar de las líneas de abonado. Además, indicó que la interconexión entre Telefónica y AT&T era una relación válida que se sujetaba al pago de cargos de interconexión correspondientes, por lo que si se hubiese infringido las normas de interconexión como señalaba Telefónica, debió ser en el tramo en el que se produjo el encaminamiento del número de abonado 080000119 hasta su destino final. No obstante, en lo que concernía al transporte de llamadas de larga distancia por parte de Nortek a través de un tercer operador, no existía evidencia de



que la red de larga distancia de Nortek se hubiese interconectado con la red de telefonía local de Telefónica, o que tuviera una relación de interconexión vigente con un tercer operador, por lo que no había una relación de interconexión que sirviera de marco a un posible incumplimiento a las normas de interconexión.<sup>329</sup>

## 5.7. Otras conductas

### 5.7.1. AT&T contra Telefónica

En esta controversia, ya comentada en acápites anteriores,<sup>330</sup> también se denunció a Telefónica por la comisión de actos que infringían las normas de interconexión. A continuación nos remitimos a cada una de las prácticas por las que se sancionó a Telefónica en relación con esta materia.<sup>331</sup>

#### a. Transporte de Llamadas Fijo - Red inteligente

AT&T denunció a Telefónica porque esta última habría bloqueado el acceso a los servicios de la serie 0-80C<sup>332</sup> a los abonados de telefonía fija de AT&T; es decir, la denunciada se negaba injustificadamente a transportar las llamadas originadas en teléfonos fijos locales de los abonados de AT&T que tenían como destino a los suscriptores de los servicios 0-80C (de Telefónica) y viceversa. Esta conducta, según AT&T, infringía el mandato de interconexión que OSIPTEL había ordenado entre ella y Telefónica. Además, en la medida que a través de esta conducta se habría impedido la comunicación entre los suscriptores de ambas empresas, según la denunciante, Telefónica habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 4 del anterior Reglamento de Infracciones.<sup>333</sup>

Como parte de su defensa, Telefónica señaló que no podía cumplir con la obligación impuesta por el Mandato, puesto que el acceso a su red inteligente (0-80C) a todos los clientes de AT&T incluía los escenarios en los que participaban redes de larga distancia, para lo cual se requería negociar acuerdos comerciales adicionales, situación que no estaba prevista en el Mandato. Además, argumentó que aun cuando se considerase que debía brindarse el acceso a su red inteligente únicamente para las redes fijas, había escenarios en los que las relaciones de interconexión entre redes fijas requerían de la intervención de portadores de larga distancia para completarse.<sup>334</sup>

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia (CCO) señaló que el Mandato ordenado a Telefónica y AT&T solo estaba referido a la interconexión entre dos redes

a la llamada y podían presentarse dos modalidades: i) paga la llamada el suscriptor, quien recibe la llamada, ii) paga la llamada el abonado que hace la llamada; y 808 (audio servicio de valor añadido) por el cual el usuario pagaba la tarifa normal por la llamada telefónica y adicionalmente pagaba por el uso del servicio de información a la empresa suscriptor.

333. Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD-OSIPTEL

Artículo 4.- La empresa que incumpla con las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión incurrirá en infracción muy grave.

334. Telefónica argumentaba que era imposible sostener que la obligación de interconexión era absoluta sino que era necesaria la suscripción de acuerdos comerciales adicionales. En particular, el Mandato que había ordenado OSIPTEL para la relación de interconexión entre esta y AT&T supuestamente no contemplaba todos los escenarios posibles de la interconexión.

fijas locales en la que no resultaba necesaria la intervención de las redes de larga distancia,<sup>335</sup> por lo que descartó el argumento de Telefónica al respecto. Además, sobre el cuestionamiento que Telefónica habría realizado al Mandato señalando que existían aspectos que no habían sido regulados tales como la tarifa y la liquidación del tráfico, el CCO determinó que sí se habían detallado los términos necesarios para que el Mandato pudiera ser ejecutado.<sup>336</sup>

No obstante, el CCO consideró que el argumento de Telefónica en el sentido de que en el Mandato no se habían establecido las condiciones económicas necesarias para su ejecución, se podría referir a los casos en los que el acceso a la red inteligente requería la anuencia del suscriptor y del abonado, porque solo en estos supuestos (series 0800 y 0801 modalidad 1) se podía cobrar directamente una tarifa distinta de la que los abonados tenían contratada con su operador de telefonía. Sobre este punto, el CCO determinó que, efectivamente, para estos casos se necesitaba del consentimiento de los suscriptores de dichas series para que se les pudiera cobrar la tarifa correspondiente a la llamada telefónica originada en la red de la otra empresa. Así, en un acuerdo entre AT&T y Telefónica se modificaron algunas condiciones económicas del Mandato por el cual la empresa que tenía como suscriptor al titular de la línea 0800 debía pagar a la otra el cargo correspondiente para la terminación del tráfico de las llamadas.

Por ello, el CCO determinó que, con excepción del caso comentado de los usuarios de las series 0800 y 0801 modalidad 1, no resultaba necesaria la celebración de acuerdos adicionales para que los usuarios de AT&T pudieran acceder a la red inteligente de Telefónica. En ese sentido, el CCO sancionó a Telefónica por haberse negado injustificadamente a transportar llamadas originadas en teléfonos fijos locales de abonados de AT&T destinadas a suscriptores de Telefónica de los servicios de la serie 0-80C y viceversa, con una multa de 151 UIT. Esta infracción estaba tipificada en el artículo 4° del anterior Reglamento de Infracciones.<sup>337</sup>

## b. Acceso 108 y 109

Por otro lado, AT&T denunció la negativa de Telefónica a permitir que sus abonados presuscritos utilizaran los servicios de larga distancia de la denunciada a través de los números 108 y 109,<sup>338</sup> salvo que AT&T cumpliera con pagar el costo adicional de implementación de software que supuestamente se requería para la adecuación de los sistemas de Telefónica para tal finalidad. Es decir, Telefónica estaría condicionando a los usuarios de AT&T el acceso a los números 108 y 109 al pago por concepto de costos de adecuación, conducta que estaría tipificada como una infracción a los artículos 4 y 37 del anterior Reglamento de Infracciones.

Como parte de su defensa, Telefónica señaló que las normas vigentes cuando

335. Para ese escenario, el OSIPTEL había emitido un mandato que regulaba la interconexión entre las redes de larga distancia de AT&T y la red telefonía fija y larga distancia de Telefónica. Además, existían otros acuerdos comerciales que regulaban esta relación.

336. En el Mandato se precisó las condiciones económicas, los cargos de terminación, los cargos por transporte conmutado, los cargos por enlace de interconexión, el tratamiento de las llamadas hacia los suscriptores de la serie 080C de Telefónica y AT&T, el ajuste de los cargos de interconexión y los costos de adecuación.

337. Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL del 16 de julio del 2002, emitida en la controversia iniciada por AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 003-2001).

338. Llamadas vía operadora.

configuró sus sistemas para la preselección no contemplaban el acceso de los usuarios al servicio de larga distancia a través de las operadoras (108 y 109), sino únicamente en la modalidad de discado directo. Telefónica sustentaba su posición en una interpretación restrictiva del numeral 95 de los Lineamientos de Políticas de Apertura y del artículo 8 del Reglamento de Preselección de Portador de Larga Distancia (Reglamento de Preselección), en virtud de los cuales esta empresa tendría la posibilidad de ofrecer sus servicios a través de dos modalidades de acceso (discado y operadora); mientras que sus competidores solo podían hacerlo a través del discado directo.

El CCO determinó que la única interpretación a estas normas era que bajo el sistema de preselección los usuarios podían acceder al servicio de larga distancia indistintamente a través de los números 108 y 109 o a través del discado directo.<sup>339</sup> Por ello, Telefónica tenía la obligación de configurar su red para el sistema de preselección de manera que los usuarios, ya sean los suyos o los de un competidor, pudiesen acceder a los servicios de larga distancia tanto a través de operadoras como por discado directo.

Por otro lado, Telefónica señaló que si los números 108 y 109 eran considerados como una facilidad esencial, tal como lo definía la Secretaría Técnica del CCO, entonces AT&T debió identificarlos y solicitarlos como tales dentro del proceso de negociación de interconexión. Sin embargo, según Telefónica, no existía ninguna prueba de que la denunciada hubiese solicitado la habilitación de dichos números durante el proceso de negociación sino que lo hizo después de que las negociaciones concluyeran (en el año 2000). Además, alegó que cuando AT&T solicitó la habilitación de los números 108 y 109, supuestamente Telefónica solo le habría pedido que asumiera los costos involucrados en la adecuación de sistemas para la habilitación de tales números.

Al respecto, el CCO determinó que Telefónica tenía la obligación de configurar su red para el sistema de preselección de forma que la marcación de llamadas de larga distancia se realizara a través de operadoras o mediante discado directo. Esta conducta constituía una obligación prevista en el marco regulatorio, por lo que no era necesario que AT&T solicitara la habilitación de los números 108 y 109 para que Telefónica cumpliera con su obligación; y tampoco era concebible que se le cobrara los costos que desde un inicio debieron ser asumidos por Telefónica para el cumplimiento de su obligación.<sup>340</sup>

En ese sentido, el CCO determinó que Telefónica no solo habría incumplido su obligación de interconexión al no ofrecer una facilidad esencial (acceso a los números 108 y 109) sino que tampoco habría brindado condiciones equivalentes de interconexión a los usuarios de su división de larga distancia y a los usuarios de AT&T. Por ello se le sancionó con una multa de 270 UIT, por infracción de los artículos 4 y 37 del anterior Reglamento de Infracciones.<sup>341</sup>

339. Esta posición fue reforzada por el artículo 1 de las Normas Complementarias del Reglamento de Preselección. Además, el Ministerio de Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción había comunicado a Telefónica que se encontraba en obligación de permitir el acceso a los abonados presuscritos al portador de larga distancia mediante los números 108 y 109. En ese sentido, no había razón alguna para colocar a Telefónica en una situación de ventaja frente a sus competidores ni menos aún para restringir el derecho de elección de los usuarios de los servicios de larga distancia.

340. Adicionalmente, el CCO señaló que la habilitación de los números 108 y 109 se encontraban incluidas necesariamente dentro de la originación de llamadas que formaban parte de la relación de interconexión solicitada por AT&T, por lo que así como no fue necesario que se solicitara expresamente la habilitación para el mercado directo, tampoco hubo necesidad de solicitar la habilitación de los números 108 y 109.

341. Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL del 16 de julio del 2002, emitida en la controversia iniciada por AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A (Exp. 003-2001).

### **c. Transporte de llamadas: Teléfonos públicos de Telefónica - Red de telefonía fija de AT&T**

Otra conducta que denunció AT&T fue la negativa de Telefónica a transportar a través de su red las llamadas originadas en sus teléfonos públicos destinados a los abonados de telefonía fija de AT&T, pese a que ello constituía una obligación según el mandato que regulaba la interconexión entre la red de telefonía fija de Telefónica y la red de telefonía fija de AT&T.<sup>342</sup>

Durante el desarrollo del procedimiento se acreditó que Telefónica había bloqueado el acceso de sus teléfonos de uso público a la red de telefonía fija de AT&T para las llamadas generadas mediante el uso de monedas, con el argumento de que AT&T debía pagar un cargo adicional por el uso de estos teléfonos públicos. Esta medida no estaba justificada debido a que Telefónica ya estaba percibiendo en la tarifa que cobraba al usuario el importe por el uso de estos teléfonos.<sup>343</sup> Más aún, en el mandato de interconexión que ordenó OSIPTEL para regular esta relación, no se consideró el pago de un cargo adicional para que Telefónica pudiese transportar las llamadas originadas en sus teléfonos públicos a los usuarios de telefonía fija de AT&T.

En ese sentido, el CCO sancionó a Telefónica por no cumplir con lo establecido en el Mandato que regulaba la interconexión entre la red de telefonía fija de Telefónica y la red de telefonía fija de AT&T con una multa de 151 UIT. Esta conducta constituía una infracción al artículo 4 del anterior Reglamento de Infracciones.<sup>344</sup>

342. Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL y posteriormente el Mandato N° 004-2001-CD/OSIPTEL.

343. El pago de un cargo de acceso por el uso de teléfonos públicos si se requiere en ciertos casos, tal es el caso de los operadores de larga distancia que operan a través de tarjeta prepago, los cuales deben pagar un cargo a la operadora por cada minuto de tráfico que se origina desde sus teléfonos de uso público.

344. Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL del 16 de julio del 2002, emitida en la controversia iniciada por AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A (Exp. 003-2001).

# CAPÍTULO 6

## Acceso y uso compartido de infraestructura en el marco de la Ley 28295 y su Reglamento

### 6.1. Aspectos Generales

La Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones (Ley de Acceso y Uso Compartido), fue emitida con el propósito de facilitar el acceso y uso compartido de la infraestructura a través de procedimientos eficientes, además de generar una mayor competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.<sup>345</sup>

El contexto en el que se emitió la norma fue uno en el que los operadores de los servicios de telecomunicaciones encontraban una serie de barreras para acceder al uso compartido de dicha infraestructura, pese a que esta compartición era técnicamente posible y eficiente para la sociedad.<sup>346</sup> Así, por ejemplo, las municipalidades<sup>347</sup> no permitían ni otorgaban permiso a los operadores para construir y/o instalar nueva infraestructura; y los titulares de las que ya existían se negaban al compartimiento a pesar de que era posible.

En principio, el titular de una infraestructura puede negarse a compartirla con

345. Ley 28295

Artículo 3°.- Finalidad

a) Utilizar eficientemente la infraestructura de uso público en los supuestos contemplados en la presente Ley, así como promover una mayor competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones beneficiando a los consumidores, operadores interesados en el acceso y a los titulares de la infraestructura de uso público.

b) Promover el crecimiento ordenado de las infraestructuras de uso público necesarias para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de mitigar la afectación del paisaje urbanístico y promover el uso racional del espacio público, propiciando la reducción de costos económicos y sociales que genera la duplicidad de redes a nivel nacional.

346. Exposición de Motivos del Decreto Supremo 009-2005-MTC, Reglamento de la Ley 28295.

347. Uno de los motivos por el cual las

municipalidades denegaban los permisos para la construcción y/o instalación de postes, tendido de cable y otros, era porque consideraban que la excesiva instalación de estos afectaba el ornato dentro de su jurisdicción.

348. Artículo 62 de la Constitución Política del Perú.

349. El derecho al acceso y uso compartido que tienen los beneficiarios también incluye la ubicación, es decir, se puede acceder y hacer uso del espacio físico, infraestructura de soporte de redes, entre otras facilidades disponibles en la infraestructura de uso público que permitan la ubicación y operación de equipos y/o elementos para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, como es el caso de la colocación de antenas o el tendido de cables.

350. Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 009-2005-MTC, Reglamento de la Ley N° 28295.

351. *Ibid.*

352. Ley 28295

Artículo 5º.- Procedencia del acceso y uso  
Se podrá disponer el uso compartido obligatorio de infraestructura de uso público en caso de presentarse restricción a la construcción y/o instalación de dicha infraestructura de uso público declarada por la autoridad administrativa competente, por cualquiera de las siguientes razones:  
a) Medio ambiente.  
b) Salud pública.  
c) Seguridad.  
d) Ordenamiento territorial.  
Sin perjuicio de estos supuestos, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL podrá imponer el acceso compartido de infraestructura en aplicación de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701, sus normas complementarias o por las normas vinculadas a la interconexión de servicios de telecomunicaciones.

353. Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido

**Artículo 10º.-** Falta de pronunciamiento sobre la existencia de la restricción a la instalación o construcción de la infraestructura de uso público

otros operadores del mercado, en virtud a la libertad contractual.<sup>348</sup> No obstante, cuando existen restricciones de instalación y/o construcción que impidan a los operadores de los servicios de telecomunicaciones instalar su propia infraestructura, la ley prevé el uso compartido obligatorio de la infraestructura de uso público, ya sea por acuerdo entre las partes o por mandato expreso del OSIPTEL.

Así, a través de las normas de acceso y uso compartido se regulan las disposiciones destinadas a generar un óptimo compartimiento de la infraestructura de servicios públicos de telecomunicaciones, estableciendo las modalidades de acceso, las obligaciones y derechos<sup>349</sup> tanto del titular de la infraestructura como del beneficiario de esta, entre otros aspectos relacionados al uso compartido.

La aplicación de esta norma procura reducir los costos económicos y sociales que genera la duplicidad de redes<sup>350</sup> permitiéndose mayor competencia para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, al mismo tiempo que busca el crecimiento ordenado de la infraestructura para mitigar la afectación del paisaje urbanístico y promover el uso racional del espacio público.<sup>351</sup>

Para que pueda existir una relación de compartición bajo los términos de la Ley de Acceso y Uso Compartido deberá acreditarse lo siguiente: (i) la existencia de restricciones administrativas que impidan a los operadores de servicios de telecomunicaciones instalar su propia infraestructura,<sup>352</sup> y (ii) que dichas restricciones sirvan de fundamento para la celebración de un contrato entre el titular de la infraestructura y el beneficiario de la misma, o en su defecto un mandato de compartición impuesto por el OSIPTEL.

Las entidades públicas pueden poner restricciones a la instalación de infraestructura de telecomunicaciones argumentando razones de medio ambiente, salud pública, seguridad y ordenamiento territorial. Se puede acreditar la existencia de restricciones a través de una declaración (por ejemplo, a través de una norma o un acto administrativo) por parte de la autoridad administrativa competente en la que se exprese la imposibilidad de instalar y/o construir infraestructura de uso público, o con la falta de pronunciamiento de la autoridad a la que se le solicita autorización para la instalación en un plazo de 30 días hábiles.<sup>353</sup>

La relación de compartición estará compuesta, de un lado, por el solicitante o beneficiario de la infraestructura y, del otro, por el titular de dicha infraestructura. El beneficiario necesariamente deberá tener la calidad de concesionario de un servicio público de telecomunicaciones y haber celebrado un contrato de compartición o contar con un mandato de compartición emitido por el OSIPTEL que le otorgue el derecho al acceso y uso compartido de una determinada infraestructura de uso público.

Solo cuando exista previamente una relación de compartición entre el titular de la infraestructura y el beneficiario de la misma en los términos establecidos en la Ley de Acceso y Uso Compartido, los órganos colegiados del OSIPTEL podrán intervenir para dar solución a las controversias que surjan en relación a ello.<sup>354</sup>

## 6.2. Controversias

### 6.2.1. Hidrandina contra Multivisión

Hidrandina, empresa de distribución y comercialización eléctrica que opera en los departamentos de La Libertad, Áncash y Cajamarca, celebró un contrato de compartición de infraestructura con Multivisión TV Cable E.I.R.L. (Multivisión), empresa de distribución de cable. Por dicho contrato, Multivisión podía utilizar parte de la infraestructura de Hidrandina (300 postes) para el desarrollo de sus actividades en el distrito de Pacasmayo y pagar como contraprestación el monto de US\$ 1.00 por cada poste.

En el 2010, Hidrandina denunció a Multivisión por no cumplir con las normas de acceso y compartición de infraestructura, solicitando que se inicie el procedimiento de desmontaje del cableado no autorizado, conforme a lo establecido en el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido.<sup>355</sup> En dicha oportunidad, Hidrandina argumentó que debido a que Multivisión no había pagado ninguna factura por concepto del uso de los postes había incurrido en la causal de resolución pactada en el contrato. Sin embargo, pese a que ya no existía ningún vínculo contractual entre ambas, la denunciada seguía utilizando la infraestructura de Hidrandina sin contar con la debida autorización para ello.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia evaluó si existía una relación de compartición entre Hidrandina y Multivisión en los términos establecidos en la Ley de Acceso y Uso Compartido.

Al respecto, el CCO determinó que no se había acreditado la existencia de restricciones administrativas que impedian a Multivisión instalar y/o construir su propia infraestructura. Estas restricciones no estuvieron presentes durante el periodo de negociación entre las partes ni al momento de la celebración del contrato y menos aún después de haber operado la resolución del mismo. En ese sentido, en la medida que no existía una relación de compartición de infraestructura entre Hidrandina y Multivisión conforme a las normas de uso y compartición de infraestructura se declaró improcedente la denuncia.<sup>356</sup>

### 6.2.2. Cable Futuro contra Hidrandina

Cable Futuro S.R.L. (Cable Futuro), empresa de distribución de cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico denunció a Hidrandina, empresa de distribución y comercialización eléctrica que opera en los departamentos de La Libertad, Áncash y Cajamarca. La conducta denunciada consistía en que Hidrandina habría exigido para establecer una relación de compartición con Cable Futuro el pago de una carta

Para efectos del tercer párrafo del artículo 11 de la Ley, los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones podrán solicitar a la autoridad administrativa competente una declaración en la cual exprese la existencia o no de una restricción a la instalación o construcción de la infraestructura de uso público, en un área geográfica determinada. La autoridad administrativa competente tendrá un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para emitir su pronunciamiento.

De no existir pronunciamiento de la autoridad competente dentro del plazo previamente señalado, el operador se encuentra legitimado para solicitar, conforme al artículo 13 de la Ley, el acceso a la infraestructura de uso público de los titulares de esta infraestructura dentro del área geográfica correspondiente a la autoridad administrativa. El acceso efectivo está sujeto al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, el presente Reglamento y las normas reglamentarias.

354. Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido

**Artículo 41°** - Controversias

Las controversias que surjan de la aplicación de la Ley, el presente Reglamento y las normas que dicte OSIPTEL entre empresas titulares de la infraestructura de uso público y los beneficiarios de la misma será resuelta conforme al Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas.

355. Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido

**Artículo 13°** - Derechos del titular de la infraestructura de uso público

El titular de la infraestructura de uso público tiene los siguientes derechos:

1. Recibir el pago oportuno de la contraprestación por el acceso y uso compartido de su infraestructura de uso público.

2. Retirar cualquier elemento no autorizado que se encuentre instalado en su infraestructura de uso público, sin causar daño a la misma. Para tal efecto, se debe cumplir el procedimiento que establezca OSIPTEL.

3. Retirar cualquier elemento instalado en la infraestructura de uso público, sin dar aviso previo al beneficiario de la infraestructura de uso público, cuando se ponga en peligro la seguridad de las personas o de la propiedad, sin causar daño a la misma, informando inmediatamente la justificación de la medida

fianza correspondiente al 30% del monto del contrato que, según la denunciante, sería un requisito abusivo y que no correspondería a un contrato de acceso y uso compartido. Además, señaló que en los anteriores contratos de compartición celebrado entre ambas empresas no se había entregado cartas fianzas.

Telecable Futuro S.A.C. (Telecable Futuro) inicialmente celebró un contrato de uso y compartición de infraestructura con Hidrandina, por el cual la primera accedía y/o utilizaba 4283 postes (de titularidad de Hidrandina) ubicados en los distritos de Santa, Coisho y Nuevo Chimbote para el tendido de sus cables e instalación de sus equipos de circuito cerrado de televisión. Posteriormente, Telecable Futuro perdió la concesión para la prestación de servicios de cable y crearon la empresa Cable Futuro,<sup>357</sup> la cual obtuvo una concesión única para brindar servicios de telecomunicaciones en el territorio peruano y sustituyó a Telecable Futuro en el contrato de compartición que inicialmente celebró esta última con Hidrandina. No obstante, la denunciada consideró a este contrato como uno nuevo y solicitó a Cable Futuro el pago de una carta fianza correspondiente al 30% del monto total de facturación del año para la suscripción de dicho contrato.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia determinó que para tener la calidad de beneficiario de la infraestructura de uso público es requisito ser concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones y además haber celebrado un contrato de compartición o contar con un mandato de compartición emitido por el OSIPTEL y solo bajo este supuesto las instancias de solución de controversias del OSIPTEL podrían avocarse a los hechos materia de denuncia. En ese sentido, de la revisión de las pruebas, el CCO encontró solo evidencia de la existencia de una negociación entre Hidrandina y Cable Futuro y no un acuerdo definitivo respecto de la provisión de la infraestructura de postes en los términos establecidos en la Ley de Acceso y Uso Compartido.

Por otro lado, si bien existía un contrato de compartición, este había sido suscrito por Telecable Futuro e Hidrandina, y no por Cable Futuro; por lo que siendo estas empresas independientes y distintas una de otra no le podían ser extensivos los efectos de dicho contrato a la denunciante. Debido a ello, el CCO declaró improcedente la denuncia.<sup>358</sup>

### 6.2.3. Viettel contra Cable Norte y otros

Viettel Perú S.A.C. (Viettel), empresa privada que presta servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio del Perú denunció a Cable Norte S.A.C. (Cable Norte), Cable Plus S.A.C. (Cable Plus) y Star TV Global E.I.R.L. (Star TV), empresas de distribución de radiodifusión de cable que operan en distintos puntos del país. La conducta denunciada consistía en que Cable Norte, Cable Plus y Star TV habrían utilizado parte de la infraestructura de Viettel, específicamente cables de

al beneficiario de la infraestructura de uso público y a OSIPTEL.

356. Resolución N° 002-2010-CCO/OSIPTEL del 14 de octubre del 2010, en la controversia seguida por Multivisión TV Cable E.I.R.L. contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A.- Hidrandina S.A. (Exp.001-2010-CCO-ST/C).

357. Esta empresa solicitó a las Municipalidades de Santa, Coisho y Nuevo Chimbote permiso para poder construir y/o instalar postes. No obstante, las municipalidades negaron su solicitud señalando que se vería afectado el ornato de su jurisdicción por la excesiva colocación de postes.

358. Resolución N° 001-2009-CCO/OSIPTEL del 3 de abril de 2009, en la controversia seguida por Cable Futuro S.R.L. contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A.- Hidrandina S.A. (Exp. 001-2009-CCO-ST/C).

359. Resolución N° 001-2013-CCO/OSIPTEL del 2 de octubre de 2013, en la controversia seguida por Viettel Perú S.A.C. contra Cable Norte S.A.C. y otros (Exp. 011-2013-CCO-ST/C).

360. Resolución N° 008-2013-TSC/OSIPTEL del 7 de noviembre de 2013, en la controversia seguida por Viettel Perú S.A.C. contra Cable Norte S.A.C. y otros (Exp. 011-2013-CCO-ST/C).

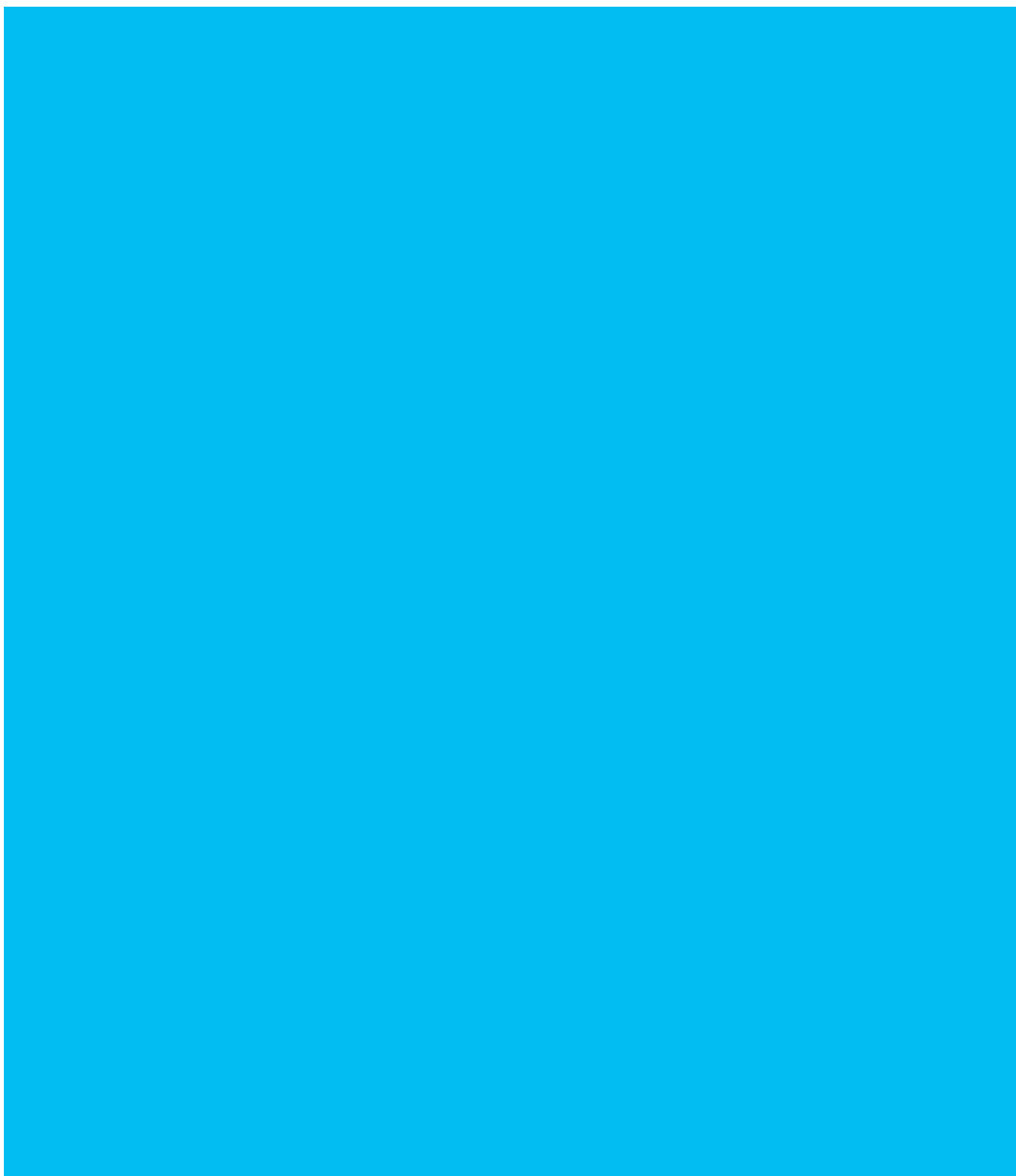


fibra óptica, sin su debida autorización ni siguiendo el procedimiento establecido para ello.

Viettel señaló que las tres empresas denunciadas habrían contratado a obreros y técnicos que se encargarían de retirar cables de fibra óptica de su infraestructura para su posterior utilización y distribución en otros sectores. Por ello también había iniciado las acciones correspondientes en la vía penal por la comisión de delitos contra el patrimonio. Para sustentar su denuncia, Viettel presentó como medios probatorios las denuncias que había interpuesto contra estas tres empresas y los actuarios en cada uno de estos expedientes.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia determinó que la conducta denunciada consistía en la sustracción de cables de fibra óptica de propiedad de Viettel, por parte de terceros que estarían vinculados a las empresas denunciadas, por lo que dichas conductas configurarían delitos contra el patrimonio en agravio de la denunciante, razón por la cual, la investigación, evaluación y sanción le correspondería a otras instituciones. Además, el CCO señaló que la sustracción de fibra óptica no constituía un supuesto que se encontraba regulado dentro del marco de protección de las normas de acceso y compartición de infraestructura. En ese sentido declaró improcedente la denuncia.<sup>359</sup>

En apelación, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL confirmó la resolución del CCO, señalando que la norma de compartición de infraestructura no incluía dentro de su ámbito de aplicación a aquellas conductas destinadas a privar o desposeer de parte de la infraestructura al titular de esta, para utilizarlas para otros fines, como es el caso de las prácticas denunciadas por Viettel, sino aquellas conductas que implican o presuponen el uso compartido de la infraestructura.<sup>360</sup> Además, el TSC aclaró que el hecho que una conducta pueda configurar un delito no impide que también sea vista en sede administrativa siempre y cuando se encuentre acreditada la conducta y su tipificación administrativa responda a un fundamento distinto del de la tipificación penal.



INTERACCIÓN ENTRE  
LA PROTECCIÓN DE  
**LA COMPETENCIA  
Y LA REGULACIÓN**

## CAPÍTULO 7

# Retroalimentación entre la solución de controversias y la regulación en el sector de telecomunicaciones

## 7.1. Aspectos generales

Durante los 20 años de ejercicio de la función de solución de controversias en el sector de telecomunicaciones, se han presentado numerosos casos en los cuales la regulación (ex ante) y la solución de controversias en materia de competencia, interconexión y acceso a infraestructura (ex post) se han complementado, existiendo una retroalimentación constante. El Informe de la Gerencia de Relaciones Empresariales del OSIPTEL del 2006 explica los beneficios de la retroalimentación en la siguiente cita: “(...) la lógica de la regulación incorpora el concepto de competencia, en tanto el regulador debe analizar las condiciones de competencia de un determinado mercado antes de tomar una decisión regulatoria respecto de este. Por ello, la labor del Regulador no puede ser ajena a la labor propia de una autoridad de competencia”.<sup>361</sup>

Las labores de regulación y de promoción de competencia constituyen herramientas que permiten, en conjunto, al OSIPTEL mejorar las condiciones del sector de telecomunicaciones, considerando –entre otros factores– las condiciones de competencia del mercado, la cantidad de empresas competidoras, la existencia de barreras (legales, estructurales o estratégicas) o la existencia de costos hundidos.

361. OSIPTEL. Informe sobre la labor de OSIPTEL en materia de libre competencia. Elaborado por la Gerencia de Relaciones Empresariales del OSIPTEL, mayo 2006. Disponible en: [http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/informacion\\_empresas/wfrm\\_Filtrado\\_Informacion\\_extens.aspx?Codigo=1977&CodSubCat=312&TituloInformacion=c%20An%3%a1lisis%20de%20impacto%20de%20controversias&DescripcionInformacion=](http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/informacion_empresas/wfrm_Filtrado_Informacion_extens.aspx?Codigo=1977&CodSubCat=312&TituloInformacion=c%20An%3%a1lisis%20de%20impacto%20de%20controversias&DescripcionInformacion=)

La retroalimentación que se da entre las funciones ex ante –la función normativa y reguladora– y ex post –la solución de controversias– en el sector de telecomunicaciones puede ser vista desde una doble dimensión:

(i) Si en el proceso de regulación –incluidos los requerimientos de información periódicos del regulador–, se encuentran indicios de conductas que resultan anti-competitivas o desleales, dicha información es remitida a la Secretaría Técnica, a fin de que se investigue dichas conductas;<sup>362</sup>

(ii) Si la solución de un caso o de un grupo de casos hace notar que existe un vacío, una deficiencia o algún aspecto para mejorar en la regulación (en especial para promover la competencia en cierto mercado), la Secretaría Técnica o las instancias de solución de controversias realizan sugerencias a los órganos encargados de la regulación del sector de telecomunicaciones.

Así, desde una primera perspectiva de la retroalimentación, al analizar constantemente las condiciones de competencia para tomar sus decisiones regulatorias y ante el periódico requerimiento de información, el regulador puede descubrir que existen indicios de la realización de conductas anticompetitivas o desleales en algún mercado de telecomunicaciones y, por consiguiente, remitir dicha información a la Secretaría Técnica para su respectiva investigación.

Por su parte, desde la perspectiva del impacto de la solución de controversias en la regulación, esta función también puede incidir en la mejora del marco normativo-regulatorio de las telecomunicaciones, al brindar aportes a las instancias encargadas de la función propiamente regulatoria (abogacía de la competencia).

En diversos temas vinculados con la regulación de la industria de telecomunicaciones, la agencia de competencia del OSIPTEL ha brindado recomendaciones, propuestas normativas, o emitidos informes con sugerencias a otras áreas del OSIPTEL así como al MTC (entidad titular del sector).

En muchos de estos casos se ha hecho efectiva esta retroalimentación con la efectiva adopción de regulación. En este capítulo, se comentan tres casos de especial relevancia: (i) la regulación sobre acceso y uso compartido de infraestructura, (ii) la adecuación automática a mejores condiciones económicas en los contratos de interconexión, y (iii) la regulación sobre paquetes. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que existen muchos otros casos en los cuales la Secretaría Técnica ha emitido sugerencias y/o opiniones para promover la competencia vía regulación: la regulación sobre compartición de información entre las empresas de telefonía fija con las operadoras de larga distancia,<sup>363</sup> la regulación sobre interconexión indirecta (liquidad en cascada), las normas de comercialización, normativa sobre planes promocionales, entre otros.

362. Este escenario es posible porque como señala QUINTANA: "(...) En ese sentido, en un organismo regulador convergen diversos criterios de análisis que toman en innegable la mejor posición que ostenta el regulador para evaluar, en función al caso en concreto, si resulta aplicable la normativa de defensa de la libre y leal competencia, tomando en consideración los alcances del marco regulatorio y los criterios que considere más provechosos para el mercado regulado". QUINTANA, Eduardo. "¿Es la política de competencia "supletoria" de la regulación de telecomunicaciones?", en: *Ius et veritas* 27, Año 13, Lima, 2003, pág. 99.

363. En este caso, en el 2003, durante la tramitación de un expediente, la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL encontró aplicación de propuestas especiales de descuento en llamadas de larga distancia por parte de Telefónica del Perú a sus abonados. Dicha información fue remitida a la Gerencia de Relaciones Empresariales (que actuaba como Secretaría Técnica), que comenzó las investigaciones a fin de determinar si dicha conducta podía configurar una conducta desleal. Al respecto, el CCO designado inició un procedimiento de oficio en la medida que se encontraron indicios de un presunto acto de competencia desleal de Telefónica por el uso de información correspondiente al tráfico de larga distancia nacional e internacional cursado por sus abonados de telefonía fija, con el fin de generarse una ventaja competitiva en relación con sus competidores en el mercado de larga distancia (uso de información privilegiada). Dicha situación le permitía ofrecer planes promocionales para el servicio de larga distancia, los mismos que no podían ofrecer las empresas competidoras por no contar con dicha información.

Al final, el CCO declaró que no se acreditó la existencia de una infracción a la cláusula general tipificada en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de Competencia Desleal y se dispuso el archivo del expediente (Ver: Resolución N° 006-2008-CCO/OSIPTEL del 26 de noviembre de 2008, en el procedimiento de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A., tramitado bajo el Exp. 002-2004-CCO-ST/CD). No obstante ello, durante las investigaciones y la tramitación del procedimiento, dicha

## 7.2. Regulación sobre acceso y uso compartido de infraestructura

Como se puede observar del acápite referido a prácticas de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa y discriminación, el OSIPTEL ha conocido diversos casos de libre competencia relacionados con el acceso a infraestructuras para prestar un servicio público de telecomunicaciones, en su mayoría hasta el 2005.

En efecto, las reiteradas controversias relacionadas con supuestas negativas injustificadas de trato para contratar el uso de postes de empresas que poseían dicha infraestructura de telecomunicaciones, puso en evidencia que las empresas de distribución eléctrica o de telefonía fija eran en la mayoría de casos las únicas que ya tenían instalada dicha infraestructura y, dada la falta de sustitutos adecuados, gozaban de posición de dominio en el acceso a la misma. Ahora bien, esta infraestructura es necesaria para la prestación del servicio de televisión por cable y, por ende, se observó que la limitación a su acceso podía impedir el desarrollo de dicho servicio de telecomunicaciones. En dicho escenario, se establecieron varios criterios en función de los cuales podía definirse si los postes objeto de la controversia podían constituir facilidades esenciales para la prestación del servicio de televisión por cable, o, en todo caso, si es que a pesar de no ser facilidad esencial (porque existían otros sustitutos –como el transporte de señal– o porque no era difícil desplegar infraestructura), el control de los postes le otorgaba posición de dominio.

A manera de recuento de lo señalado en el punto referido a la negativa injustificada de trato, en el caso Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte (Exp. 005-2001-CCO), se identificaron tres criterios: (i) Restricciones legales o administrativas, (ii) Costos involucrados en la instalación, y (iii) Presencia de las empresas en el mercado. El primero de estos criterios, es decir la existencia de alguna restricción legal o administrativa al despliegue de infraestructura propia por parte de la empresa operadora de televisión por cable, permitió que en una de las controversias conocidas por OSIPTEL se concluyera que los postes de la empresa eléctrica denunciada constituían una facilidad esencial, por existir una prohibición municipal de instalar nuevos postes en la ciudad de Motupe.<sup>364</sup> Es importante agregar que este mismo criterio es el supuesto base de la Ley de Compartición de Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y su reglamento.<sup>365, 366</sup>

Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que buena parte de las controversias relacionadas con el acceso a postes no implicaron realmente actos de abuso de posición de dominio de parte de las empresas denunciadas. En varios casos las negativas a acceder a los postes se encontraban justificadas, en efecto, se trataba de operadoras de televisión por cable que tenían deudas de pago, que habían excedido

problemática se tomó como base para promover una normativa destinada a que las empresas de telefonía fija compartan dicha "información privilegiada" con las empresas operadoras del servicio de larga distancia a fin de promover la competencia en dicho mercado (Resolución de Consejo Directivo N° 004-2004-CD/OSIPTEL mediante la cual se reguló la obligación de los concesionarios de telefonía fija de proporcionar información a los operadores de larga distancia, y sus modificatorias).

Finalmente, cabe indicar que dicha obligación ha sido trasladada a los operadores móviles, como se observa en la Resolución N° 002-2010-CD/OSIPTEL, Reglamento del Sistema de Llamada por Llamada en el servicio portador de larga distancia, aplicable a los usuarios de los servicios públicos móviles, que en su Tercera Disposición Complementaria establece que: "La obligación de los concesionarios móviles de proporcionar información a los concesionarios de larga distancia se rige por lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2004-CD/OSIPTEL, que regula la información que deberá ser proporcionada por los concesionarios de telefonía fija local a los del servicio portador de larga distancia."

364. Controversia seguida por Telecable Motupe S.R.L. contra Electronorte S.A. (Exp. 008-2001-CCO).

365. Ley 28295 – Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 009-2005-MTC.

los derechos conferidos por sus contratos originales, u otras razones justificantes<sup>367</sup> A pesar de ello, lo que sí se observó en este tipo de casos es que existía una necesidad imperiosa de promover el acceso y la compartición de infraestructura, ante las dificultades de despliegue de la misma, a efectos de promover la competencia en los mercados de telecomunicaciones mediante el acceso a infraestructura que permita prestar servicios de telecomunicaciones.

Se observa entonces que los casos que se presentaron ante las instancias de solución de controversias ayudaron a identificar dicho problema, analizarlo y aportar a la elaboración de esta regulación procompetencia.

Finalmente, cabe indicar que la normativa antes referida corresponde al marco normativo general en materia de acceso y uso compartido de infraestructura en telecomunicaciones. Ella a su vez es el punto de partida para el marco normativo que posteriormente se dio para el acceso a infraestructura de los proveedores importantes de los servicios públicos de telecomunicaciones,<sup>368</sup> que se constituye en una regulación específica para promover competencia y que permite que, a pesar de que no hayan restricciones legales para el despliegue de infraestructura, igualmente las empresas puedan solicitar a ciertos proveedores importantes – determinados previamente por el OSIPTEL- el acceso a su infraestructura.

## 7.3. Regulación en materias de interconexión (Adecuación automática a mejores condiciones)

### 7.3.1. Definición de adecuación automática

Hasta el 2003 se presentaron siete casos de interconexión referidos a la adecuación automática de condiciones económicas,<sup>369</sup> seis de los cuales estaban referidos a los cargos más favorables establecidos para la terminación de llamadas en la red de telefonía fija de Telefónica y solo uno que enfrentó a Bellsouth y a Nextel por esta misma materia. Durante el desarrollo de los procedimientos se pudo advertir, entre otros, que no se encontraba una respuesta directa en la regulación que definiese lo que se debía entender por “adecuación automática”.

366. OSIPTEL. Informe sobre experiencias relevantes de las controversias relacionadas con la prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable. Elaborado por la Gerencia de Relaciones Empresariales del OSIPTEL, Febrero 2005. Disponible en: [http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/informacion\\_empresas/wfrm\\_Filtrado\\_Informacion\\_extens.aspx?CodInfo=1977&CodSubCat=312&TituloInformacion=c%20An%c3%a1lisis%20de%20impacto%20de%20controversias&DescripcionInformacion=](http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/informacion_empresas/wfrm_Filtrado_Informacion_extens.aspx?CodInfo=1977&CodSubCat=312&TituloInformacion=c%20An%c3%a1lisis%20de%20impacto%20de%20controversias&DescripcionInformacion=)

367. Solo en un caso se determinó la existencia de abuso de posición de dominio: Controversia seguida por Empresa de Telecomunicaciones multimedia Alfa E.I.R.L. contra Telefónica del Perú S.A. (Exp. 009-2001-CCO).

368. Decreto Legislativo 1019- Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones; Resolución N° 020-2008-CD/OSIPTEL – Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones; Resolución N° 023-2009-CD/OSIPTEL, Metodología y Procedimiento para determinar Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones sujetos a obligaciones establecidas en el Decreto Legislativo 1019.

369. Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A (Exp. 004-2001), Nortek Communications S.A.C. contra Telefónica del Perú S.A.A (Exp. 004-2002), BellSouth Perú S.A. contra Nextel del Perú S.A. (Exp. 010-2002-CCO-ST/X), Full Line S.A.C. contra Telefónica del Perú S.A.A (Exp. 011-2002), Gamacom S.A.C. contra Telefónica del Perú S.A.A (Exp. 5-2003), Convergencia Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A (Exp. 006-2003) e Impsat Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A (Exp. 007-2003).

Sin embargo, en los mandatos de interconexión que OSIPTEL ordenaba se incluía una cláusula que señalaba lo siguiente: “Asimismo, los cargos y condiciones económicas se adecuarán automáticamente cuando una de las partes acuerde con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos o condiciones más favorables, para la otra parte, que los establecidos en el MANDATO” (subrayado añadido).

No obstante, ni los mandatos de interconexión ni la norma vigente en ese periodo definían el concepto de “adecuación automática” consagrado en los mandatos emitidos por OSIPTEL.

Hasta ese momento, los órganos colegiados de solución de controversias habían emitido dos pronunciamientos que definían este concepto. Así en la controversia entre Teleandina contra Telefónica,<sup>370</sup> se entendió que la “adecuación automática” se producía en el momento en el que una de las partes en una relación de interconexión acordaba con otra empresa una condición económica más favorable, siempre y cuando resulte evidente que la condición pactada era más beneficiosa.

Dicha interpretación, sin embargo, fue dejada de lado por el Cuerpo Colegiado en la controversia de Nortek contra Telefónica,<sup>371</sup> concluyendo que se requería de una solicitud, con cuya presentación las condiciones económicas quedarían automáticamente adecuadas, sin que sea necesario pronunciamiento alguno por parte de la otra empresa o del regulador.

Ante esta situación, la Gerencia de Relaciones Empresariales<sup>372</sup> recomendó definir el derecho de “adecuación automática” a fin de garantizar el ejercicio del principio de igualdad de acceso consagrado en la normativa vigente y otorgar certidumbre a las empresas respecto de su aplicación.

En ese sentido, el OSIPTEL a través de la Resolución del Consejo Directivo N° 042-2006-CD/OSIPTEL precisó el alcance de algunas de las Normas de Interconexión<sup>373</sup> vigentes en ese periodo, relacionadas con la adecuación a mejores condiciones, señalando lo siguiente:

**Artículo 28°.-** En virtud de los principios a que se refiere el Artículo 7°, los contratos y los mandatos de interconexión incluirán una cláusula que garantice que los cargos de interconexión y/o las condiciones económicas en general, se adecuarán cuando una de las partes, en una relación de interconexión con una tercera empresa operadora establecida, vía contrato o mandato de interconexión, aplique cargos de interconexión y/o condiciones económicas más favorables a las establecidas en su relación de interconexión.

La adecuación requerirá una comunicación previa por parte de la empresa que se considere favorecida, en la cual se indiquen los cargos y/o condiciones económicas a las cuales estará adecuándose. La empresa operadora que opte por adecuarse será la responsable de evaluar la convenien-

370. Resolución N° 016-2001-CCO/OSIPTEL del 7 de diciembre de 2001, en la controversia seguida por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 004-2001).

371. Resolución N° 010-2003-CCO/OSIPTEL del 31 de enero de 2003, en la controversia seguida por Nortek Communications S.A.C. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 004-2002).

372. La Gerencia de Relaciones Empresariales tenía las funciones de Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados.

373. Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2003-CD/OSIPTEL.



cia de su aplicación, y surtirá sus efectos a partir del día siguiente de la fecha de recepción de dicha comunicación. A fin de que la adecuación sea eficaz, la referida comunicación deberá ser remitida con copia a OSIPTEL.

En caso la comunicación a OSIPTEL llegue en una fecha posterior a la comunicación a la empresa, la adecuación surtirá efecto desde el día siguiente de recibida la comunicación por OSIPTEL.

De esta manera, la norma se decantó por la segunda interpretación que realizó el Cuerpo Colegiado en la controversia de Nortek contra Telefónica. Así, para que una empresa operadora se adecue a otras condiciones y/o cargos económicos más favorables que las establecidas en su relación de interconexión, solo sería necesario que comunique previamente su decisión a la otra parte de la relación con copia a OSIPTEL para que la adecuación sea eficaz.

Actualmente, este texto se encuentra vigente y está recogido en el artículo 30° del TUO de Interconexión. Cabe resaltar que el actual TUO de Interconexión solo sistematizó las diversas modificaciones que se realizaron al anterior TUO de las normas de interconexión sin introducir modificaciones que afectaran el sentido de los textos originales.

## 7.3.2. Ámbito de aplicación de las normas de adecuación

Otro problema que se identificó en la tramitación de las siete controversias señaladas anteriormente fue el de la pretensión de las demandantes a adecuarse a condiciones más favorables que no habían sido establecidas en los Mandatos; es decir, a condiciones que no se derivaban de un acuerdo entre las partes. Por ello, se consideró que debía determinarse si las normas sobre adecuación debían aplicarse respecto de condiciones más favorables contenidas en los mandatos o si solo se aplicaban respecto de las condiciones más favorables contenidas en los contratos de interconexión.

Como se ha señalado anteriormente, es preciso resaltar que a diferencia de los contratos de interconexión, en los cuales ambas partes acuerdan las cláusulas que regirán su relación y está sujeto a la aprobación del OSIPTEL; en los mandatos de interconexión, el OSIPTEL es quien establece las reglas técnicas, económicas y legales que regirán la relación, ello con la finalidad de salvaguardar la obligatoriedad de la interconexión.

Si bien las normas de adecuación<sup>374</sup> vigentes en ese periodo hacían referencia a condiciones establecidas mediante acuerdos de interconexión, y no mediante man-

374. Artículo 28°.- En virtud de los principios a que se refiere el Artículo 7°, los contratos de interconexión incluirán una cláusula que garantice la adecuación, de ser el caso, de los cargos de acceso y/o condiciones económicas que les fueren aplicables, cuando una de las partes negocie con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos de acceso y/o condiciones económicas más favorables que los acordados en contratos previos para una interconexión equivalente. (énfasis añadido)

datos, tanto la Secretaría Técnica como el Cuerpo Colegiado interpretaron dichas normas tomando en consideración la normativa general sobre interconexión, y concluyeron que estas también resultaban aplicables respecto de condiciones más favorables establecidas en mandatos.

En ese sentido, la Gerencia de Relaciones Empresariales consideró que si bien una solución regulatoria no era indispensable, sí resultaba conveniente evaluar la posibilidad de incluir expresamente en la normativa de adecuación a las condiciones más favorables establecidas en los mandatos de interconexión.

El primer párrafo del artículo señalado en el acápite anterior (recogido actualmente en el artículo 30° del TUO de Interconexión) establece lo siguiente:

**Artículo 28°.-** En virtud de los principios a que se refiere el Artículo 7°, los contratos y los mandatos de interconexión incluirán una cláusula que garantice que los cargos de interconexión y/o las condiciones económicas en general, se adecuarán cuando una de las partes, en una relación de interconexión con una tercera empresa operadora establecida, vía contrato o mandato de interconexión, aplique cargos de interconexión y/o condiciones económicas más favorables a las establecidas en su relación de interconexión.

Así, se estableció expresamente que las relaciones de interconexión establecidas tanto a través de los contratos como a través de los mandatos de interconexión debían incluir una cláusula que garantizase la adecuación a condiciones más favorables establecidas en otras relaciones de interconexión independientemente de si estas condiciones habían sido establecidas en un mandato o en un contrato de interconexión. Con ello quedó claro que la adecuación a condiciones más favorables podía aplicarse en los contratos y en los mandatos de interconexión.

### 7.3.3. Interconexión equivalente para efectos del principio de igualdad de acceso y el derecho de adecuación

El anterior TUO de Interconexión señalaba que un solicitante solo podía adecuarse a las condiciones otorgadas en una relación de interconexión “equivalente” a la suya.

**Artículo 28°.-** En virtud de los principios a que se refiere el Artículo 7°, los contratos de interconexión incluirán una cláusula que garantice la adecuación, de ser el caso, de los cargos de acceso y/o condiciones económicas que les fueren aplicables, cuando una de las partes negocie con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos de acceso y/o condi-

ciones económicas más favorables que los acordados en contratos previos para una interconexión equivalente.

Así, en la mayoría de las controversias sobre adecuación automática de condiciones económicas, las partes que tenían una relación con Telefónica (titular de la red fija más solicitada) en el escenario fijo-fijo, solicitaban la adecuación de una condición o cargo otorgada por esta en un escenario que involucraba la interconexión entre la red de telefonía fija (Telefónica) y una de larga distancia, considerando que ambas relaciones eran o resultaban equivalentes. Esta situación generó la evaluación de los órganos colegiados para determinar si ambas relaciones podían considerarse (o no) como equivalentes.

De una interpretación de la normativa de interconexión vigente en ese periodo se concluyó que, tanto la interconexión entre redes fijas como la interconexión entre una red fija y otra de larga distancia resultaban equivalentes, debido a que involucraban la misma prestación: la terminación de llamadas en la red de telefonía fija. En ese sentido, no existía una justificación económica ni jurídica para el establecimiento de cargos diferenciados. Es más, tal como se señalaba en el numeral 48 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones,<sup>375</sup> dicha diferenciación resultaba contraproducente por cuanto generaba distorsiones que desnaturalizaban el objetivo perseguido por tal norma.

Actualmente ya no se recoge el término de interconexiones equivalentes; es decir, no se restringe la adecuación de una determinada relación de interconexión a las condiciones más favorables que se ofrece en otra relación considerada como equivalente a la primera. Por este derecho, la empresa operadora de un servicio de telecomunicaciones podrá solicitar la adecuación a condiciones más favorables que la otra parte de esta relación haya ofrecido o mantenga con otras empresas:

**Artículo 30.- Adecuación de los contratos y mandatos de interconexión.**

30.1. En virtud de los principios a que se refiere el Artículo 7, los contratos y los mandatos de interconexión incluirán una cláusula que garantice que los cargos de interconexión y/o las condiciones económicas en general, se adecuarán cuando una de las partes, en una relación de interconexión con una tercera empresa operadora establecida, vía contrato o mandato de interconexión, aplique cargos de interconexión y/o condiciones económicas más favorables a las establecidas en su relación de interconexión.

### 7.3.4. Acreditación de la condición más favorable

En la controversia seguida por Bellsouth contra Nextel,<sup>376</sup> esta última planteó como argumento de defensa contra la adecuación pretendida por Bellsouth que

375. Aprobado por Decreto Supremo N° 020-98-MTC del 4 de agosto de 1998.

48. Al definirse los cargos de interconexión por defecto debe establecerse un solo cargo de interconexión a nivel local sin diferenciar entre llamadas entrantes y salientes, ni locales y larga distancia nacional e internacional, pues ello genera distorsiones y arbitrajes que desnaturalizan el objetivo perseguido por este tipo de diferenciaciones. Asimismo, este cargo de interconexión será único por departamento (nueva área local) por la terminación de la llamada.

376. Exp. 010-2002-CCO-ST/IX.

era jurídicamente imposible comparar dos sistemas diferentes (como los sistemas Sender Keeps All y el de pago de cargos de acceso), debido a que no resultaba evidente cual de ellos era más favorable y, por lo tanto, cualquier conclusión en relación a ello resultaría arbitraria.

Al respecto, la Secretaría Técnica y el Cuerpo Colegiado coincidieron en considerar que no correspondía a OSIPTEL ni a la empresa obligada a brindar la condición más favorable, cuestionar la calidad de la condición invocada por la empresa solicitante.<sup>377</sup> Ello teniendo en cuenta que bastaba que una empresa operadora otorgue una condición a otra empresa para que se genere la obligación de otorgar la misma condición a las demás operadoras que lo soliciten,<sup>378</sup> además que la calidad de tal condición estaba en función de los intereses del solicitante, por ello solo este podía determinar qué condición resultaba ser más favorable para su relación de interconexión.

Justamente esta situación que fue puesta en evidencia a través de las instancias de solución de controversias, fue luego recogida por el marco regulatorio. Así, en el segundo párrafo del artículo 30° del actual TUO de interconexión (antes el artículo 28°) se establece lo siguiente:

**30.2** La adecuación requerirá una comunicación previa por parte de la empresa que se considere favorecida, en la cual se indiquen los cargos y/o condiciones económicas a los cuales estará adecuándose. La empresa operadora que opte por adecuarse será la responsable de evaluar la conveniencia de su aplicación, y surtirá sus efectos a partir del día siguiente de la fecha de recepción de dicha comunicación. A fin de que la adecuación sea eficaz, la referida comunicación deberá ser remitida con copia a OSIPTEL.

En ese sentido, tal y como lo advirtieron las instancias de solución de controversias, el operador solicitante de esta adecuación es el único que podrá evaluar si una condición es más favorable para su relación de interconexión.

## 7.4. Regulación sobre paquetes

Como ya se ha señalado en el punto 3.1.3., entre los años 2011 y 2013 las instancias de solución de controversias del OSIPTEL analizaron y sancionaron un abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas realizado por Telefónica. Los labores del CCO y el TSC de OSIPTEL no solo permitieron la conclusión oportuna de la controversia,<sup>379</sup> sino que este caso también permitió un importante cambio en el marco regulatorio respecto de los empaquetamientos.

377. Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL del 9 de julio de 2003, en la controversia seguida por Bellsouth del Perú S.A. contra Nextel del Perú S.A. (Exp. 010-2002-CCO-ST/IX).

378. Ello debido a que el principio de igualdad de acceso que rige las relaciones de interconexión, obliga a las empresas a interconectar sus redes en igualdad de condiciones con todos los operadores que se encuentren en relaciones de interconexión equivalentes y que lo soliciten.

379. COELLO, Israel y Eduardo SALAZAR. "Rompiendo Ataduras: No más ventas de internet con telefonía fija", en: Boletín OSIPTEL, com, Año 1, Edición 01, junio 2013, págs. 4 y 5. Disponible en: <http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/Archivos/Publicaciones/BoletinOSIPTEL/index.html>

Más allá de la cláusula contractual que obligaba a los usuarios a contar con el servicio de telefonía fija de Telefónica para contratar el servicio de acceso a internet de esta misma empresa, y de la ausencia de ofertas comerciales para la contratación del servicio de acceso a internet de forma individual; en este caso se analizó también una conducta de Telefónica que contribuía a reforzar los efectos de la venta atada.

En concreto, se analizó la estructura tarifaria que Telefónica había desarrollado con respecto a la contratación del servicio de acceso a internet atado al servicio telefónico, y la contratación de paquetes de servicios que incluyen el servicio de acceso a internet. La estructura tarifaria de Telefónica hacía que, además de estar obligado a contratar el servicio de acceso a internet vinculado al servicio de telefonía fija, el usuario se vea atraído por la contratación empaquetada de los servicios, aunque solo quisiera uno de ellos.

Así, para el servicio de acceso a internet que ya estaba atado al servicio de telefonía fija, Telefónica había establecido tarifas que hacían ver como mejor alternativa adquirir los servicios empaquetados. En el siguiente cuadro, extraído de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, se puede observar cómo Telefónica, a través de su estructura tarifaria, hacía ver al usuario que adquirir los servicios empaquetados era mucho más conveniente, ya que se habían establecido las tarifas de tal forma que los paquetes de servicios eran mucho más baratos.

Paquete	Precio del paquete	Precio del servicio de Acceso a Internet*
Tarifa Plana + 4 Mbps	S/. 209.00	S/. 415.48
Tarifa Plana + 3 Mbps	S/. 169.00	S/. 236.99
Tarifa Semiplana + 2 Mbps	S/. 139.00	S/. 227.08
Línea Control al segundo + 1 Mbps	S/. 108.08	S/. 137.84
Línea 20 (Control 30) + 512 Kbps	S/. 69.00	S/. 49.58

Fuente: Expediente 005-2011.

\* Para acceder a este servicio el usuario debía contar con el servicio de telefonía fija de Telefónica del Perú.

En el cuadro anterior se observa cómo en la mayoría de los casos las tarifas de los servicios empaquetados eran considerablemente inferiores a las tarifas que tiene el servicio de acceso a internet en la velocidad incluida en el paquete. Así, por ejemplo, el servicio de acceso a internet con velocidad de 4 Mbps tenía un precio de S/. 415.48 (y para contar con este servicio, el usuario debía tener contratado el servicio de telefonía fija de Telefónica), mientras que el paquete que incluye ese mismo servicio junto con el servicio telefónico con un plan de Tarifa Plana, tenía una tarifa de S/. 209. Es decir, la tarifa mensual del paquete de servicios con internet de 4 Mbps era el

50.3% de la tarifa que se le asignaba al servicio de internet de esa misma velocidad.

Esta estrategia desarrollada por Telefónica tenía la clara intención de fomentar la contratación del servicio de acceso a internet junto con el servicio de telefonía fija. De esta manera, la venta atada que realizaba Telefónica, y por la que fue sancionada por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, era reforzada a través de las tarifas.

Desde la perspectiva de la libre competencia, cuando este tipo de conductas son llevadas a cabo por empresas con posición de dominio en uno de los mercados (en este caso el mercado de acceso a internet), se pueden generar efectos de exclusión a través del traslado de la posición de dominio hacia el mercado más competitivo (en este caso el mercado de telefonía fija).

Sin embargo, desde la perspectiva del usuario es importante que si este desea contratar un solo servicio no se vea obligado a contratar dos o más, ya sea porque existe una obligación contractual o porque artificialmente la contratación del servicio individual resulta más cara.

Así, considerando que una estructura tarifaria en la cual el servicio de acceso a internet individual sea más caro que un paquete de servicios lleva a los consumidores a contratar servicios que probablemente no deseen, se consideró necesario establecer una regulación que proteja al usuario de este tipo de prácticas.

En ese sentido, el OSIPTEL durante el 2014 incorporó en el Reglamento General de Tarifas una "Regla para la aplicación de tarifas de servicios comercializados en paquete y por separado", en la cual se estableció lo siguiente:<sup>380</sup>

**Artículo 29°-B.-** Regla para la aplicación de tarifas de servicios comercializados en paquete y por separado

La comercialización de servicios en paquete con otros servicios que, conforme a las reglas sobre ventas atadas, establecidas en las Condiciones de Uso aprobadas por el OSIPTEL, implica la obligación de la empresa operadora de comercializar al mismo tiempo dichos servicios por separado y sin condicionar su contratación a la contratación de otro servicio público de telecomunicaciones, se sujetará además a la siguiente regla tarifaria:

- (i) La tarifa individual que se aplique por la contratación y prestación de cada uno de los servicios en forma separada, siempre debe representar un menor pago respecto de la tarifa total del paquete del cual forma parte.

De esta manera, la regla establece que se esperaría que la tarifa de un paquete de servicios contenga un descuento con respecto a la suma de las tarifas individuales que componen el paquete, es decir, que la tarifa del paquete podría ser menor a la suma de las tarifas individuales:

380. Modificación del Reglamento General de Tarifas, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2014-CD/OSIPTEL.

$$P_p < \sum_{i=1}^n P_i, \text{ donde } i = 1, \dots, n$$

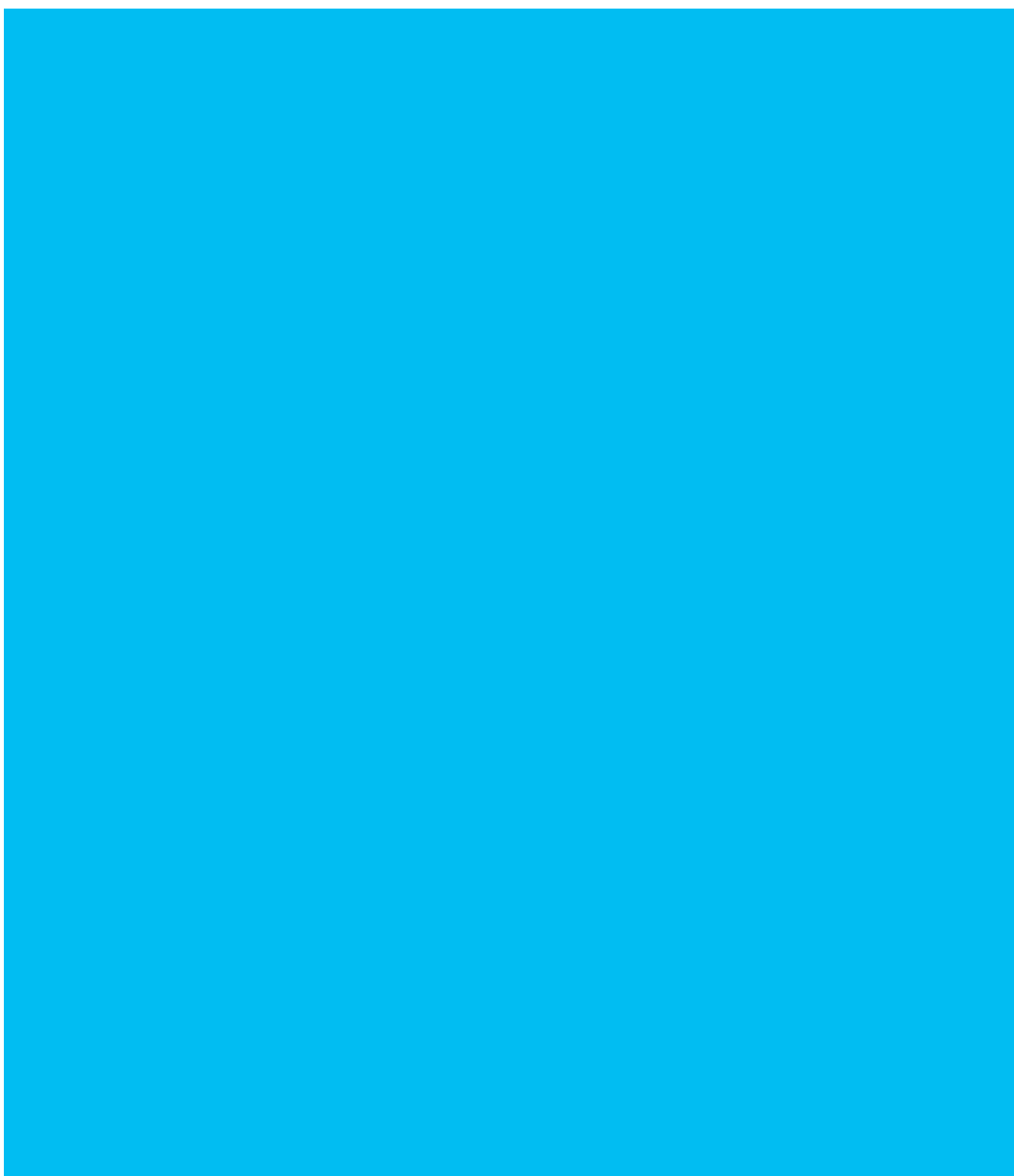
Sin embargo, la tarifa del paquete debería ser superior a la tarifa individual de cada uno de los servicios que lo componen:

$$P_p > P_i, \text{ donde } i = 1, \dots, n$$

La principal implicancia de esta regla es que, dado que las ventas atadas están prohibidas por las Condiciones de Uso aprobadas por el OSIPTEL, y que en caso de ser realizadas por una empresa con posición dominante pueden ser sancionadas por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, las empresas operadoras se verán impedidas de obligar a los usuarios a contratar servicios que no desean a través de tarifas que no guardan lógica económica, ya que carece de sentido sostener que un solo servicio puede ser más caro que dos o más servicios. Asimismo, el OSIPTEL ha establecido a través de la regulación que aquella empresa operadora que incumpla con la regla antes señalada incurrirá en Infracción Muy Grave. Cabe destacar que el proyecto de modificación al Reglamento General de Tarifas<sup>381</sup> no recibió comentarios en contra por parte de las empresas operadoras respecto a este punto.

De esta manera, una situación que fue puesta en evidencia a través de las instancias de solución de controversias, fue recogida a la par en la regulación del mercado. Con ello, ahora las empresas operadoras no podrán obligar a los usuarios a contratar servicios que estos no desean como condición para acceder a otros servicios, ya sea que dicha obligación se haga explícita a través de un contrato o la ausencia de ofertas individuales, o a través de tarifas que buscan esconder ventas atadas.

381. La publicación para comentarios se dio a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 044-2013-CD/OSIPTEL.





# BIBLIOGRAFÍA

## PUBLICACIONES

- **AMERICAN BAR ASSOCIATION (2005)**. "Telecom Antitrust Handbook", Section of Antitrust Law, American Bar Association.
- **ALCÁZAR, Lorena y Xu LIXIN (2004)**. "El intento de privatización de las empresas de agua y desagüe de Lima-Perú". En: FERNÁNDEZ BACA, Jorge (Ed.). Experiencias de Regulación en el Perú. Lima: Universidad del Pacífico.
- **BAYLOS, Hermenegildo (1978)**. "Tratado de Derecho Industrial: Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal". Madrid, Civitas.
- **BORK, Robert H. (1993)**. "Antitrust Paradox". Free Press.
- **BUCCIROSSI, Paolo (2008)**. "Handbook of Antitrust Economics". Massachusetts Institute of Technology.
- **BULLARD, Alfredo (2003)**. "Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales". Lima, Palestra Editores.
- **BULLARD, Alfredo (2011)**. "El Otro Pollo. La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad", en: Revista de Derecho Administrativo N°10, Lima, Tomo II.
- **CALDERÓN, Andrés (2011)**. "Estado versus Estado. Las exenciones a la aplicación de la ley de Libre Competencia", en: Revista de Derecho Administrativo 10, Lima, Vol. 1.
- **CAVE, Martin y otros (2013)**. "Strengthening competition policy in Latin American countries: The application of competition law in the telecommunications sector".
- **COELLO, Israel y Eduardo SALAZAR (2013)**. "Rompiendo Ataduras: No más ventas de internet con telefonía fija", en: Boletín OSIPTEL, Año 1, Edición 01, junio 2013, págs. 4 y 5.
- **CEPRI-TELECOM (1995)**. "La privatización de las telecomunicaciones", Lima.
- **CUESTA RUTE, José María (2002)**. "Curso de Derecho de la Publicidad". Navarra, Eunsa.
- **DAVIS, Petery Eliana GARCÉS (2010)**. "Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis". Princeton University Press.
- **DIEZ CANSECO, Luis (1997)**. "Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica", en: Themis N° 36.
- **DIEZ CANSECO, Luis y BULEJE, Crosby (2011)**. "Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, en: Revista de Derecho Administrativo N°10, Lima, Tomo II.
- **ELHAUGE, Einer (2011)**. "United States Antitrust Law and Economics", 2da. Ed., 2011.



- OSIPTEL. (2006). "Criterios para la evaluación e investigación de prácticas anticompetitivas en la modalidad de discriminación en el sector de telecomunicaciones". Documento de Trabajo N° 001-2006 de la Gerencia de Relaciones Empresariales.
- OSIPTEL. (2007). "Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones". Gerencia de Relaciones Empresariales.
- OSIPTEL. (2007). "Indicadores de Concentración: Una revisión del Marco Conceptual y la Experiencia Internacional". Documento de Trabajo N° 002-2007 de la Gerencia de Relaciones Empresariales.
- OSIPTEL (2007). "Indicadores de participación y concentración de mercado en los servicios públicos de telecomunicaciones". Boletín de Competencia N° 001-GRE-2007 de la Gerencia de Relaciones Empresariales.
- OSIPTEL. (2010). "Indicadores de participación y concentración de mercado en los servicios públicos de telecomunicaciones". Boletín de Competencia N° 002-GRE-2010 de la Gerencia de Relaciones Empresariales.
- PHUMPIU, Pauly QUINTANA, Eduardo. (2007). "Control de conductas anticompetitivas en telecomunicaciones: la competencia en disputa". Foro empresarial. Lima, Año 1, No. 1.
- POSNER, Richard A. (2001). "Antitrust Law". University Of Chicago Press, 2da. Ed.
- QUINTANA, Eduardo (2002). "Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿Equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?", en: Ius Et Veritas N° 25.
- QUINTANA, Eduardo (2003). ¿Es la política de competencia "supletoria" de la regulación de telecomunicaciones? en: Ius et veritas, N° 27, Lima.
- QUINTANA, Eduardo (2011). "Prácticas Concertadas entre competidores y estándar de la prueba requerido", en: Revista de Derecho Administrativo TOMO I: Derecho de la competencia, págs. 15-45. Círculo de Derecho Administrativo.
- RIVERA, Alfonso. (2007). "Violación de normas". En: PASQUEL, Enrique y otros (Eds.). El Derecho de la Competencia Desleal, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima.
- RUBIO, Marcial. (1999). "El sistema jurídico: Introducción al Derecho". Lima, Octava Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUIZ, Gonzalo (2011). "La nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: acotando la discrecionalidad de la autoridad de competencia", en: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual – INDECOPI. Año 7 - Número 13 - Primavera 2011.
- STUCCHI, Pierino. (2009). "Los actos de Competencia Desleal que distorsionan la valoración de la oferta en la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal". en: Revista de Derecho N°10. Lima.
- TARZIJJAN, Jorge y Ricardo PAREDES (2001). "Organización Industrial". 1ra. Ed. Buenos Aires, Argentina. Pearson Education.
- TÁVARA, José. (2006). "Regulación y Democracia: Balance de las Reformas y Agenda Pendiente", en: Derecho y Sociedad N° 26.



- Decreto Supremo 062-94-PCM: Reglamento del OSIPTEL (1994).
- Decreto Legislativo 807: Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI (1996).
- Decreto Legislativo 822: Ley sobre Derecho de Autor (1996).
- Ley 26876: Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, y su Reglamento (1997).
- Decreto Supremo 017-98-ITINCI: Aprueban Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (1998).
- Decreto Supremo 020-98-MTC: Lineamientos de Política y Apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú (1998).
- Decreto Supremo 021-98-MTC: Aprueban modificaciones a los Contratos de Concesión entre el Estado y Telefónica del Perú S.A.A. (1998).
- Ley 27332: Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (2000).
- Ley 27336: Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL (2000).
- Decreto Supremo 008-2001-PCM: Reglamento General de OSIPTEL (2001).
- Ley 28295: Ley que Regula el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (2004).
- Decreto Supremo 009-2005-MTC: Reglamento de la Ley N° 28295 que Regula el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (2005).
- Decreto Supremo N° 001-2006-MTC: Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones (2006).
- Ley 29157: Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento (2007).
- Decreto Supremo 020-2007-MTC: Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (2007).
- Decreto Legislativo 1019: Decreto Legislativo que Aprueba Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (2008).
- Decreto Legislativo 1034: Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (2008).
- Decreto Legislativo 1044: Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal (2008).
- Decreto Legislativo 1019: Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones. (2009)



- Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL: Regulan obligación de los operadores de telefonía local de proporcionar información a los operadores de larga distancia.
- Resolución N° 042-2006-CD/OSIPTEL: Modifican Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión
- Resolución N° 010-2007-CD/OSIPTEL: Revisión de tarifas tope aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.
- Resolución N° 020-2008-CD/OSIPTEL: Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.
- Resolución N° 039-2008-CD/OSIPTEL: Revisión del Cargo de Interconexión Tope para el Acceso a los Teléfonos Públicos Operados por Telefónica del Perú S.A.A.
- Resolución N° 023-2009-CD/OSIPTEL: Metodología y Procedimiento para determinar Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones sujetos a obligaciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 1019.
- Resolución N° 002-2010-CD/OSIPTEL: Reglamento del Sistema de Llamada por Llamada en el servicio portador de larga distancia, aplicable a los usuarios de los Servicios Públicos Móviles.
- Resolución N° 136-2011-CD-OSIPTEL: Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas.
- Resolución N° 134-2012-CD/OSIPTEL: Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.
- Resolución N° 044-2013-CD/OSIPTEL: Comentarios del Proyecto de modificación del Reglamento General de Tarifas.
- Resolución N° 087-2013-CD-OSIPTEL: Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL (2013).
- Resolución N° 009-2014-CD/OSIPTEL: Proyecto de Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el Ámbito de las Telecomunicaciones
- Resolución N° 014-2014-CD/OSIPTEL: Proyecto de Nuevos Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de la Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones.
- Resolución N° 024-2014-CD/OSIPTEL: Modificación del Reglamento General de Tarifas.





- Resolución N°007-2004-CCO-ST/IX (**Exp.001-2004-CCO-ST/IX**).
- Resolución N°005-2005-TSC/OSIPTEL (**Exp.001-2004-CCO-ST/IX**).
- Resolución N°006-2008-CCO/OSIPTEL (**Exp.002-2004-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°002-2004-CCO/OSIPTEL (**Exp.006-2004-CCO-ST/LC**).
- Resolución N°016-2005-CCO/OSIPTEL (**Exp.007-2004-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°008-2005-CCO/OSIPTEL (**Exp.001-2005-CCO-ST/LC**).
- Resolución N°006-2005-TSC/OSIPTEL (**Exp.001-2005-CCO-ST/LC**).
- Resolución N°054-2008-CCO/OSIPTEL (**Exp.001-2005-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°016-2006-TSC/OSIPTEL (**Exp.003-2005-CCO-ST/IX**).
- Resolución N°032-2006-CCO/OSIPTEL (**Exp.003-2005-CCO-ST/IX**).
- Resolución N°002-2005-CCO/OSIPTEL (**Exp.004-2005-CCO**).
- Resolución N°007-2005-TSC/OSIPTEL (**Exp.004-2005-CCO**).
- Resolución N°019-2005-CCO/OSIPTEL (**Exp.006-2005-CCO-ST/CD y Exp.010-2005-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°008-2006-TSC/OSIPTEL (**Exp.006-2005-CCO-ST/CD y Exp.010-2005-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°028-2006-CCO/OSIPTEL (**Exp.007-2005-CCO-ST/IX**).
- Resolución N°003-2007-TSC/OSIPTEL (**Exp.007-2005-CCO-ST/IX**).
- Resolución N°011-2006-CCO/OSIPTEL (**Exp.13-2005-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°025-2009-CCO/OSIPTEL (**Exp.14-2005-CCO-ST/LC**).
- Resolución N°003-2006-CCO/OSIPTEL (**Exp.007-2006-CCO-ST/IX**).
- Resolución N°006-2007-TSC/OSIPTEL (**Exp.007-2006-CCO-ST/IX**).
- Resolución N°001-2007-CCO/OSIPTEL (**Exp.001-2007-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°021-2008-CCO/OSIPTEL (**Exp.001-2008-CCO/OSIPTEL**).
- Resolución N°004-2009-TSC/OSIPTEL (**Exp.001-2008-CCO/OSIPTEL**).
- Resolución N°001-2008-CCO/OSIPTEL (**Exp.002-2008-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°013-2009-CCO/OSIPTEL (**Exp.003-2008-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°001-2009-CCO/OSIPTEL (**Exp.001-2009-CCO-ST/CI**).
- Resolución N°002-2010-CCO/OSIPTEL (**Exp.001-2010-CCO-ST/CI**).
- Resolución N°014-2011-CCO/OSIPTEL (**Exp.001-2011-CCO-ST/CD-LC**).
- Resolución N°025-2011-CCO/OSIPTEL (**Exp.002-2011-CCO-ST/IX-0-Cuaderno Principal**).
- Resolución N°015-2012-CCO/OSIPTEL (**Exp.003-2011-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°005-2012-TSC/OSIPTEL (**Exp.003-2011-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°008-2012-CCO/OSIPTEL (**Exp.004-2011-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°017-2012-CCO/OSIPTEL (**Exp.005-2011-CCO-ST/LC**).
- Resolución N°004-2013-TSC/OSIPTEL (**Exp.005-2011-CCO-ST/LC**).
- Resolución N°012-2013-CCO/OSIPTEL (**Exp.006-2011-CCO-ST/LC**).
- Resolución N°007-2013-TSC/OSIPTEL (**Exp.006-2011-CCO-ST/LC**).
- Resolución N°003-2013-CCO/OSIPTEL (**Exp.001-2013-CCO-ST/CD**).
- Resolución N°001-2013-CCO/OSIPTEL (**Exp.011-2013-CCO-ST/CI**).
- Resolución N°008-2013-TSC/OSIPTEL (**Exp.011-2013-CCO-ST/CI**).



## ACRÓNIMOS

<b>OSIPTEL</b>	Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.
<b>ST</b>	Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados del OSIPTEL.
<b>CCO</b>	Cuerpo Colegiado del OSIPTEL.
<b>INDECOPI</b>	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual
<b>TSC</b>	Tribunal de Solución de Controversias.
<b>STCCO</b>	Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados.
<b>STTSC</b>	Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias.
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>UIT</b>	Unidad Impositiva Tributaria.
<b>RCP</b>	Red Científica Peruana
<b>LRCA</b>	Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
<b>LRCD</b>	Ley de Represión de Competencia Desleal
<b>MTC</b>	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
<b>ISP</b>	Internet Service Provider (Proveedor de acceso a internet)
<b>SUNAT</b>	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
<b>MTC</b>	Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
<b>RAN</b>	Roaming Automático Nacional