



TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 002-2004-CCO-ST/CD (Cuaderno Cautelar)
PARTES : Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (**OSIPTEL**) contra Telefónica del Perú S.A.A. (**Telefónica**).
MATERIA : Supuestos actos de competencia desleal.
APELACIÓN : Resolución N° 003-2004-CCO/OSIPTEL, mediante la cual se dictó medida cautelar en contra de Telefónica.

SUMILLA: Se Declara fundada la apelación interpuesta por Telefónica y, por tanto, se revoca la Resolución N° 003-2004-CCO/OSIPTEL

Lima, 09 de marzo del año 2004.

VISTO:

El cuaderno cautelar del Expediente N° 002-2004-CCO-ST/CD.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 12 de diciembre del año 2003, la Gerencia de Fiscalización emitió el Informe N° 727-GFS-A-06/2003 (Expediente N° 00532-2003-GG-GFS/A-06), mediante el cual hizo una evaluación de la información y aplicación de las propuestas especiales de tarifas en llamadas de larga distancia ofertadas por Telefónica en el ámbito de la telefonía fija de abonados. Dicho informe recomienda iniciar - en el ámbito del proceso fiscalizador-sancionador - los procedimientos de imposición de sanción correspondientes, sobre la base de los siguientes argumentos:
 - Telefónica habría establecido y aplicado una tarifa de larga distancia internacional que no habría sido comunicada, ni publicada en un diario, ni informada en la página web de OSIPTEL, relacionada a su "propuesta especial" de S/. 0.36 (sin IGV) por minuto.
 - Telefónica no ha cumplido con alcanzar hasta la fecha la totalidad de la información solicitada por OSIPTEL mediante C.1191-GFS/2003 del 28 de noviembre del año 2003 con relación a las notas de crédito (el concepto y los motivos por los cuales se emiten y el detalle del cálculo numérico que se ha realizado para consignar el importe correspondiente en cada nota de crédito).

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

Adicionalmente, la Gerencia de Fiscalización dispuso la remisión de dicho informe a la Gerencia de Relaciones Empresariales, en razón a que se habrían presentado las siguientes ocurrencias dentro del marco del desarrollo de la libre y leal competencia:

- La existencia de unos listados de clientes de telefonía en poder de personal de Telefónica, en los cuales se consignaba -entre otros- campos de datos conteniendo los minutos de consumo de larga distancia nacional e internacional de los abonados y el porcentaje de tráfico respectivo con la competencia. Así como, el plan tarifario para llamadas de larga distancia a ser propuesto a cada uno de dichos abonados.
 - En la propuesta especial de Telefónica se consignaba una “nota al pie” en torno a que “el tráfico deberá ser 100% Telefónica”. Asimismo, de acuerdo con lo manifestado por el supervisor de larga distancia de la subgerencia de ventas y tarjetas de prepago de la empresa, éste señaló que no se podía sobrepasar de determinado tráfico con otras operadoras de larga distancia, de lo contrario se perdería el descuento otorgado por Telefónica¹.
2. El 3 de setiembre del año 2003, mediante Carta N° GGR-107-A-524/OT-03, Telefónica realizó comentarios a la Resolución del Consejo Directivo N° 072-2003-CD/OSIPTEL², que contenía un proyecto de resolución relacionado a la información que debería ser proporcionada por los concesionarios de telefonía fija local a los operadores del servicio portador de larga distancia. En dicha comunicación, Telefónica señala su desacuerdo con el proyecto en cuestión anteponiendo los argumentos de secreto de las telecomunicaciones y secreto comercial; en el primer caso por abarcar información de sus abonados que Telefónica debe proteger en resguardo de la intimidad personal y de no comerciar con datos cuyo uso no ha autorizado el cliente; y, en el segundo caso por tratarse del desarrollo de una estrategia comercial, aspecto protegido por la normativa vigente.
3. Mediante memorándum N° 007-GRE/2004 del 9 de enero del año 2004, la Gerencia de Relaciones Empresariales hizo llegar al Consejo Directivo de OSIPTEL el Informe N° 001-2004/GRE, sobre Investigación Preliminar iniciada contra Telefónica por presuntos actos de competencia desleal, a partir de la

¹ Como parte de la investigación realizada por la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL, se realizó una serie de llamadas para obtener la información relevante para el caso. Particularmente, en una conversación telefónica del día 25 de noviembre de 2003, ante la pregunta de la usuaria del teléfono 3682338 sobre si al realizar llamadas con otra operadora de larga distancia perdería el convenio de descuentos con el que contaba, el señor Alex Escalante (Supervisor de Larga Distancia de la Subgerencia de Ventas y Tarjetas Prepago) señaló: “Lo manejamos internamente, usted se comunica con nosotros, nosotros le decimos que bueno, que deje de discar para que no se vea afectada, para que no se le perjudique en el rol de descuentos”. (Informe N° 727-GFS-A-06/2003).

² Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 072-2003-CD/OSIPTEL, el 4 de agosto del año 2003 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Proyecto de Resolución que regula la información que deberá ser proporcionada por los concesionarios de telefonía fija local a los concesionarios del servicio portador de larga distancia. Con la publicación de dicho proyecto se otorgó un plazo de treinta (30) días para la presentación de los respectivos comentarios por parte de las operadoras de larga distancia.

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

información obtenida por la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL durante la tramitación del expediente N° 00532-2003-GG-GFS/A-06. El informe considera que existen indicios suficientes que abren la posibilidad que el área de larga distancia de Telefónica esté utilizando información referida al tráfico de larga distancia nacional e internacional que cursan los abonados de Telefónica del servicio de telefonía fija con el fin de ofrecerles planes promocionales de larga distancia nacional e internacional que pudieran resultar más ventajosos. Esta situación le habría otorgado a Telefónica una ventaja competitiva respecto a los demás operadores del servicio de larga distancia, en base a los siguientes argumentos:

- Ha quedado acreditado que Telefónica elabora planes tarifarios promocionales y establece condiciones para los mismos (tales como que el total de llamadas de larga distancia sea cursado a través de la red de Telefónica) que no pueden ser ofrecidas por las otras empresas operadoras de servicios de larga distancia por no contar estas últimas con la misma información.
 - Telefónica, en su condición de operador de telefonía fija y no de larga distancia, se encuentra en la capacidad de detectar cuáles llamadas son cursadas a través de otro operador y utilizar esta información para diseñar promociones que permitan neutralizar el efecto de las tarifas promocionales de otros operadores ofrecidas al cliente.
 - Existe un precedente administrativo en el que se ha establecido que el uso de información privilegiada constituye un acto de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general, siendo que esta información no está disponible para otros competidores; obteniendo de este modo una ventaja derivada del uso de la mencionada información en perjuicio de los demás competidores en un mercado determinado³.
4. El 20 de enero del año 2004, el Cuerpo Colegiado Ordinario encargado de conocer la presente controversia (en adelante, el Cuerpo Colegiado) emitió la Resolución N° 001-2004-CCO/OSIPTEL, mediante la cual dispuso el inicio de un procedimiento de oficio contra Telefónica por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general tipificados en el artículo 6° del Decreto Ley N° 26122 Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley de Competencia Desleal); sustentándose en lo siguiente:
- De la revisión del expediente así como del contenido del Informe N° 001-2004/GRE, se ha encontrado que existen indicios que, en el presente caso, Telefónica estaría utilizando información referida al tráfico de larga distancia nacional e internacional que cursan sus abonados a través de competidores de esta empresa (llamada por llamada), para elaborar planes de larga distancia a ser ofrecidos a dichos abonados, siendo que esta información no

³ La controversia a la cual se hace referencia fue tramitada bajo el expediente N° 001/96, en el que se emitió la Resolución N° 055-CCO/97 del 14 de octubre de 1997.

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

- está al alcance de los demás operadores del servicio de larga distancia por lo que no podrían ofrecer nuevos planes tarifarios en base a esta información.
- El comportamiento de Telefónica podría configurar un acto de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general en la medida que podría constituir una conducta contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas al estar utilizando, en beneficio de su división de larga distancia, información a la cual esta empresa tiene acceso en su calidad de prestadora del servicio de telefonía fija y que no es compartida con los demás operadores del servicio de larga distancia.
 - A través de esta conducta, Telefónica estaría causando un perjuicio a sus competidores en el mercado del servicio de larga distancia nacional e internacional, quienes se verían impedidos de ofrecer a los consumidores planes para este servicio en condiciones similares o incluso más atractivas que aquéllas brindadas por Telefónica.
 - El presente procedimiento corresponde ser seguido de acuerdo a lo regulado por los artículos 72° y siguientes de la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas (Reglamento de Solución de Controversias) referidos a los procedimientos que involucran la comisión de infracciones.
 - El acto constitutivo de la presunta infracción consiste en el uso por parte del área de larga distancia de Telefónica de información referida al tráfico de larga distancia nacional e internacional que cursan los abonados de esta empresa del servicio de telefonía fija para los efectos ya mencionados.
5. El 5 de febrero del año 2004, el Cuerpo Colegiado emitió la Resolución N° 003-2004-CCO/OSIPTEL, mediante la cual ordenó a Telefónica, de oficio y como medida cautelar, que se abstenga de utilizar información correspondiente al tráfico de larga distancia nacional e internacional, que cursan sus abonados a través de otros operadores de este servicio, para elaborar y ofrecer planes de larga distancia a sus abonados del servicio de telefonía fija; en la medida que el uso de la mencionada información podría constituir un acto de competencia desleal, en los términos establecidos por el artículo 6° de la Ley de Competencia Desleal. El Cuerpo Colegiado fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:
- Respecto de lo expuesto por la Secretaría Técnica en el Informe N° 001-2004/GRE, así como de los documentos que se mencionan en dicho informe y que fueron puestos en conocimiento de Telefónica, en el presente caso existen elementos de juicio suficientes para concluir que dicha empresa estaría tomando ventaja indebida de información que no está disponible a las demás empresas operadoras del servicio de larga distancia. Con ello, queda acreditado el requisito de la verosimilitud del derecho.
 - Al constituir el presente escenario una situación en la cual se pondría en desventaja a las demás empresas operadoras del servicio de larga distancia para competir en dicho mercado existe un serio peligro al permitir

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

a Telefónica que continúe utilizando la información a la que se ha hecho referencia.

6. Telefónica presentó recurso de apelación solicitando se revoque la Resolución N° 003-2004-CCO/OSIPTEL, en el extremo que ordena la medida cautelar, argumentando lo siguiente:

- Telefónica no ha incurrido en la infracción que se le imputa ya que (i) la información encontrada por OSIPTEL ha sido obtenida de forma lícita en el curso normal de sus negocios, incluso esto ha sido admitido por el Cuerpo Colegiado al haber descartado de plano los artículos 15°, 16° y 17° de la Ley de Competencia Desleal para el inicio del procedimiento administrativo de oficio; (ii) todas las empresas en todos los mercados poseen información o se esfuerzan por poseerla, incluso sus propios competidores tienen información de similar naturaleza que no comunican a Telefónica; (iii) la sucursal de larga distancia se encuentra integrada jurídicamente y es parte de Telefónica; (iv) Telefónica no estaba obligada a colaborar con sus competidores, es más, nunca recibió ningún requerimiento formal para compartir información; (v) el propio OSIPTEL ha establecido recientemente que dicha información sólo se debe alcanzar a quienes lo solicitan; y, (vii) es lícito mantener secretos comerciales, lo sancionable es la apropiación de secretos de un competidor.
- La sola transcripción del artículo 5° de la Ley de Competencia Desleal no implica que el presente procedimiento se encuentre arreglado a derecho o que las imputaciones que se han hecho a Telefónica puedan ser declaradas fundadas.
- La Resolución N° 075-2002-CD/OSIPTEL, que aprueba los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones (en adelante, Lineamientos de Competencia Desleal) estableció un test muy riguroso para el inicio de procedimiento de oficio consistente en evidenciar daño, asimetría informativa y comportamiento estratégico. Añade que para el inicio de una controversia de oficio, sí debe sustanciarse suficientemente la existencia de dicho daño. Así, señala que los elementos referidos no han sido analizados por lo que el procedimiento -al menos en sus aspectos formales- no reviste las exigencias señaladas en la Ley.
- La información recogida por los funcionarios de la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL, en las acciones de supervisión del 25 y 27 de noviembre del año 2003, fue obtenida por Telefónica de forma lícita, en el curso normal de sus actividades y el propio Cuerpo Colegiado implícitamente lo reconoce.
- Es cuestionable que el Cuerpo Colegiado haya centrado su atención en un tipo de información (el tráfico), asumiendo que ésta sólo puede ser obtenida mediante el análisis de la facturación de los clientes, cuando existen decenas de procesos de recopilación de información existentes hoy en el mercado caracterizado por el desarrollo de sistemas de información integrales e integrados.

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

- No han sido pocas las veces en que OSIPTEL ha considerado lícito que los operadores aprovechen la información que produzcan en el ejercicio de sus actividades comerciales, hasta haber aprobado un reglamento en el que impone la entrega de dicha información, cuidándose de advertir en su Exposición de Motivos que la ausencia de colaboración previa no suponía una conducta anticompetitiva por parte de los concesionarios locales que también son concesionarios del servicio de larga distancia.
- En la comunicación N° GGR-107-A-524/OT-03 de fecha 3 de setiembre del año 2003, relacionada con los comentarios al proyecto de norma sobre compartición de información contenida en la Resolución N° 072-CD/OSIPTEL, Telefónica señaló que dicha información formaba parte de la estrategia comercial de la empresa, considerando la explotación de dicha información como un acto lícito; como ocurre con cualquier otra empresa que brinde el servicio de telecomunicaciones que no comunica información de similar naturaleza a Telefónica.
- Si la condena que en este caso pretende sustanciarse se derivara no de la utilización de información sino del hecho de que Telefónica se encuentra integrada verticalmente, convendría destacar que en el mercado peruano de las telecomunicaciones existen otras empresas similares.
- La sucursal de larga distancia de Telefónica no constituye una empresa distinta, se encuentra integrada jurídicamente y es parte de Telefónica, por lo que el uso de la información en cuestión no atenta contra el secreto de las telecomunicaciones.
- Hasta la aprobación de la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL⁴ no existía en el mercado peruano una sola norma que obligara a Telefónica poner a disposición de sus competidores información sobre el tráfico de larga distancia de sus abonados a sus servicios de telefonía fija. Pretender sancionar a Telefónica por ello violaría el principio de ley previa.
- En ejercicio de su derecho de petición, Telefónica realizó una serie de comentarios en el marco de la publicación de la Resolución N° 072-2003-CD/OSIPTEL donde se oponía claramente a la materialización del propósito normativo del regulador, ello no implica que Telefónica ha desarrollado alguna política de no compartir información con sus competidores.
- El propio OSIPTEL ha establecido recientemente que dicha información sólo se debe alcanzar a quienes lo solicitan, señalando en la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL que los concesionarios de telefonía fija que también sean concesionarios de larga distancia deben entregar la información sólo a requerimiento del concesionario de larga distancia. Por lo que ni siquiera en el supuesto de que la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL hubiera estado vigente al momento de la Acción de Supervisión del día 25 de noviembre del año 2003, Telefónica habría cometido un hecho sancionable, pues no recibió ninguna solicitud para que se materializara dicha entrega.

⁴ La Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL fue emitida con fecha 15 de enero del año 2004 teniendo en cuenta los comentarios realizados por las operadoras de larga distancia al proyecto de dicha norma, aprobado mediante Resolución N° 072-2003-CD/OSIPTEL.

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

- Por lo demás es lícito mantener secretos comerciales, lo sancionable es la apropiación de secretos de un competidor. En ese sentido, el uso de la información producida por la empresa en el marco de sus operaciones regulares y lícitas, producido en aras de dotar de mayor eficiencia al proceso productivo, no puede ser considerado como un uso ilegítimo.
 - Respecto al análisis del requisito de peligro en la demora, se niega el hecho de que la información en cuestión no vaya a encontrarse prontamente a disposición de los demás operadores de Larga distancia, debido a la reciente aprobación de la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL.
7. Mediante Resolución N° 004-2004-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado concedió el recurso de apelación interpuesto por Telefónica, elevándose el expediente el 24 de febrero del presente año.
8. El 25 de febrero del año 2004, Telefónica presentó un escrito N° 3, mediante el cual señala lo siguiente:
- De acuerdo a la Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, la verosimilitud requiere por parte de la Administración un razonamiento sobre la probabilidad de que la infracción imputada realmente exista -lo que se establecerá en la resolución final- siendo tal posibilidad la que amerita el mandato cautelar. De acuerdo a la Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, la verosimilitud requiere se acredite no la certeza sino la verosimilitud de la existencia de una infracción administrativa⁵.
 - Para que la imputación hecha a Telefónica sea creíble sería necesario que el Tribunal de Solución de Controversias aceptara la tesis de que es posible sancionar a alguien por no poner información a disposición de terceros que nunca la solicitaron.
 - La resolución apelada no explica en modo alguno la razón por la que la ausencia de una providencia cautelar podría afectar de un modo inminente y/o irreparable a los competidores de Telefónica, cuando ya ha sido expedida una norma que obliga a compartir la información en cuestión.
 - Tampoco ha analizado el requisito de peligro en la demora que exige que exista el temor fundado de que, de no concederse en forma inmediata la medida cautelar, se corra el riesgo que la resolución final que se expida en el procedimiento carezca de valor práctico alguno.
 - No se explica por qué la intervención del colegiado es necesaria, a pesar que el propio OSIPTEL ha dictado recientemente la Resolución N° 004-2004-

⁵ Telefónica hace referencia a las decisiones adoptadas por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI en los casos seguidos por Distribuidora Agua de Mesa S.R.L. contra Rovic del Perú S.A.C. y Agua Pura Rovic S.A.C. (Exp. 027-2003/CCD - Resolución N° 0200-2003/TDC-INDECOPI-Cuaderno cautelar) y Técnicas Americanas de Estudio para Perú S.A.C. contra Sistema Integral de Lectura Veloz S.R.L. (Exp. 026-2003/CCD - Resolución N° 0199-2003/TDC-INDECOPI-Cuaderno cautelar).

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

CD/OSIPTEL, reconociendo la legitimidad del uso de la información en cuestión y ordenando su entrega a los demás operadores.

- Los datos expresados tanto en el informe elaborado por la Gerencia de Relaciones Empresariales, como en los informes de Apoyo Consultoría y de la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL, evidencian el dinamismo del mercado de larga distancia nacional y ponen de manifiesto que la participación de Telefónica no ha hecho sino descender en los últimos años. Así, no se explica cómo la utilización de información de nuestros abonados podría ser considerada una ventaja competitiva determinante ya que esta situación no ha impedido que los demás operadores de larga distancia incrementen su cuota en el mercado.
 - Telefónica no debe entregar la información en cuestión dado que se encuentra vinculada por las leyes que prohíben violar el secreto de las telecomunicaciones, por Contratos de Concesión que obligan a mantener niveles de seguridad razonables para salvaguardar el secreto y por mandatos judiciales como el de la Sala Corporativa Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima (que señala que la información personal recabada en el curso de los negocios sólo puede ser puesta a disposición de quien lo solicite con consentimiento expreso de los abonados, con lo cual el secreto de las telecomunicaciones engloba la confidencialidad de la información personal).
 - OSIPTEL se ha visto obligado en el pasado a exigir a Telefónica incluir una estipulación en sus contratos correspondientes al servicio de telefonía fija, mediante la cual el abonado puede manifestar su negativa a entregar información contenida en su recibo telefónico a OSIPTEL, con lo que si el usuario puede tener esta clase de reticencias con respecto al regulador, aún más con relación a la entrega de información a los competidores de Telefónica.
 - Asimismo, Telefónica adjunta dos documentos contractuales suscritos por abonados de la misma en los cuales éstos expresan literalmente que no autorizan la presentación de información de carácter personal a OSIPTEL.
9. Mediante Resolución N° 005-2004-TSC/OSIPTEL, el Tribunal de Solución de Controversias decidió otorgar el uso de la palabra a Telefónica, llevándose a cabo el informe oral el día 3 de marzo del año 2004.

II. CUESTION PROCESAL PREVIA

2.1 Falta de Motivación de la Resolución N° 003-2004-CCO/OSIPTEL y Afectación del Debido Procedimiento Administrativo.

10. En su recurso de apelación, Telefónica ha señalado que la medida cautelar ordenada por el Cuerpo Colegiado no cumple con lo dispuesto en los artículos 3° ni la disposición IV de la Ley 27444 (en adelante, Ley del Procedimiento Administrativo General), al haberse omitido el requisito de validez de motivación de todo acto administrativo y al haberse vulnerado el derecho al debido procedimiento de Telefónica, respectivamente.

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

11. Asimismo, indicó que el Cuerpo Colegiado no ha sustentado suficientemente las razones por las que considera su imputación como verosímil, ni ha explicado por qué estima que existe peligro en la demora; así como tampoco ha considerado que la medida cautelar ordenada puede causar a Telefónica un perjuicio de imposible reparación.
12. Al respecto, el Cuerpo Colegiado ha considerado que existe verosimilitud del derecho en base a las conclusiones a las que llega la Secretaría Técnica de primera instancia en el Informe N° 001-2004/GRE, así como en los documentos que se mencionan en el mismo.
13. Asimismo, el Cuerpo Colegiado sostuvo que existe peligro en la demora pues, en su opinión, constituye un serio peligro permitir a Telefónica que continúe utilizando la información sobre sus abonados, basándose en que esta situación pondría en desventaja a las demás empresas operadoras del servicio de larga distancia para competir en dicho mercado.
14. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal de Solución de Controversias considera que el Cuerpo Colegiado ha señalado sus principales argumentos jurídicos que motivan la resolución materia de apelación.
15. De otro lado, Telefónica sustentó su posición señalando que se ha violado el debido procedimiento al haberse iniciado el procedimiento de oficio y dictado una medida cautelar sin sustanciarse suficientemente el daño a un número importante de usuarios, tal como lo establecen los Lineamientos de Competencia Desleal. Por lo tanto, agregó, que el procedimiento no reviste las exigencias señaladas en la ley.
16. El principio del debido procedimiento garantiza el ejercicio del derecho de defensa protegiendo al administrado de cualquier estado de indefensión frente a los órganos administrativos⁶. Asimismo, el principio del debido procedimiento administrativo aplicable al presente caso, por tratarse de un procedimiento sancionador general, implica la garantía de defensa como efectiva posibilidad de participación en el procedimiento, que comprende, como mínimo, el derecho a exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas, obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho e impugnar dicha decisión⁷.

⁶ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 230°.- *"Principios de la potestad sancionadora administrativa.-*

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

(...)".

⁷ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pags.767-768.

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

17. Por la propia naturaleza de reserva del proceso cautelar (*inaudita pars*), Telefónica no tenía derecho ni a exponer su posición, ni a ejercer plenamente su derecho de defensa antes de la emisión de la resolución que ordena la medida cautelar. Como se ha explicado en los párrafos precedentes, Telefónica sí ha obtenido una decisión de primera instancia motivada y fundamentada en derecho. Finalmente, ha tenido la oportunidad de cuestionar la referida decisión del Cuerpo Colegiado, como lo demuestra la apelación presentada.
18. Si Telefónica no se encuentra de acuerdo con la sustentación de la resolución impugnada, ello no supone una violación del principio del debido procedimiento, sino una distinta valoración del cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar, constituyendo una cuestión de fondo materia de la apelación que será objeto de posterior análisis.
19. En tal sentido, el Tribunal de Solución de Controversias no encuentra violación al derecho de Telefónica a un debido procedimiento, por lo que no corresponde admitir los argumentos de la denunciada.
20. En consecuencia, el Tribunal de Solución de Controversias considera que al emitirse la Resolución N° 003-2004-CCO/OSIPTEL no se ha vulnerado el debido procedimiento de Telefónica.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

21. La cuestión en discusión es determinar si se cumple los requisitos necesarios para otorgar la medida cautelar dictada por el Cuerpo Colegiado, en particular, la verosimilitud del derecho y la existencia de peligro en la demora.
22. De haberse cumplido los mencionados requisitos, es también cuestión en discusión determinar si es que la medida cautelar ordenada puede causar a Telefónica un perjuicio de imposible reparación.

III. MARCO TEÓRICO

3.1 Las medidas cautelares y los requisitos para su obtención

23. La medida cautelar es un instituto imprescindible que permite asegurar que la duración del proceso no convierta en ilusoria la eficacia de la decisión final que adopte la autoridad⁸.
24. Según el artículo 37° del Reglamento de Solución de Controversias, durante la tramitación del procedimiento administrativo, se pueden adoptar medidas cautelares destinadas a garantizar el resultado del mismo, siendo aplicable lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en el Código

⁸ MONROY GALVEZ, JUAN. Temas de Proceso Civil. Ediciones Librería Studium. Lima 1987. Pág. 186.

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

Procesal Civil (en adelante, CPC)⁹. El artículo 146° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que pueden dictarse medidas cautelares si es que al no adoptarse se pone en riesgo la eficacia de la resolución final¹⁰.

25. De otro lado, el artículo 611° del CPC establece que las medidas cautelares se dictan cuando se considere verosímil el derecho invocado y exista un peligro en la demora que haga necesaria una decisión preventiva¹¹.
26. De acuerdo con las normas citadas, el órgano de solución de controversias debe verificar la existencia de dos elementos para dictar una medida cautelar: (i) verosimilitud del derecho invocado; y, (ii) peligro en la demora representado, por ejemplo, por la inminencia de un perjuicio irreparable que haga necesaria una medida preventiva para no poner en riesgo la eficacia de la resolución final.
27. Dentro de un proceso existen distintos niveles de convicción (posibilidad-verosimilitud-probabilidad-certeza). La certeza respecto de la pretensión es necesaria en relación a la decisión definitiva del juez, luego de todo lo discutido y probado en el proceso principal. Sin embargo, para el otorgamiento de una medida cautelar solamente se requiere persuadir al juez que el derecho (pretensión principal) respecto del cual se pide cautela, es verosímil, es decir, que posee la apariencia de verdadero.
28. Cabe señalar que la verosimilitud del derecho invocado no se mide en términos ni de “posibilidad” que sería la contingencia de ser verdadero, ni de “probabilidad” que sería aquello que se puede probar que es verdadero. Siendo que - como ya se indicó- se refiere a la forma exterior de verdadero, a lo “verosímil”.
29. En consecuencia, para que exista verosimilitud o apariencia del derecho invocado, la autoridad debe ser persuadida que la pretensión principal es verosímil, es decir, que dicha pretensión tiene forma o apariencia de ser muy

⁹ Artículo 37.- “En cualquier estado del procedimiento, las partes pueden solicitar, por su cuenta, costo y riesgo, la adopción de las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del procedimiento o para garantizar el resultado de éste, las cuales se rigen por lo establecido en el artículo 146° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Serán de aplicación a tal efecto las normas contenidas en el artículo 608° y siguientes del Código Procesal Civil. La resolución que se pronuncia respecto de una medida cautelar es apelable. Asimismo, en cualquier estado del proceso las instancias de solución de controversias pueden dictar medidas cautelares de oficio”.

¹⁰ Artículo 146.- “Medidas cautelares. 146.1. Iniciado el procedimiento, la autoridad competente, mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir”.

¹¹ Artículo 611.- “Contenido de la decisión cautelar. El Juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal. (...)”.

probable¹². Durante la tramitación del procedimiento se determinará si la apariencia alegada se convierte o no en certeza de la pretensión.

30. Por su parte, *“el peligro en la demora constituye la amenaza de que una pretensión se torne ineficaz, luego de estimarse la misma a la finalización del proceso”*¹³.
31. Es pertinente precisar que es fundamental que el peligro al que se ha hecho referencia sea inminente, de tal forma que justifique el dictado de un remedio inmediato, que es una medida cautelar. Además, el peligro en la demora en los procedimientos de oficio supone que de mantenerse durante todo el procedimiento la situación de hecho existente al momento de solicitarse la medida cautelar, se generaría un perjuicio irreparable¹⁴.

IV. ANÁLISIS

4.1 Verosimilitud del derecho invocado

32. Respecto del requisito de verosimilitud, el Cuerpo Colegiado señaló en la resolución materia de apelación que dicho requisito se cumplía en tanto que *“en el presente caso existen elementos de juicio suficientes para concluir, en este estado del procedimiento que, dicha empresa estaría tomando ventaja indebida de información que no está disponible a las demás empresas operadoras del servicio de larga distancia”*.
33. En su recurso de apelación Telefónica cuestionó la opinión del Cuerpo Colegiado respecto de la existencia de verosimilitud del derecho invocado, argumentando (i) para determinar la verosimilitud debía acreditarse la verosimilitud de la existencia de una infracción administrativa (ii) que no ha cometido la infracción por la cual se ha iniciado el procedimiento de oficio y por la que el Cuerpo Colegiado ha considerado verosímil el derecho invocado; y (iii) que se vería impedida de entregar información en cuestión a sus competidores pues la misma se encuentra protegida por el secreto de las telecomunicaciones.
34. La competencia desleal se presenta en aquellos casos en que, reconociéndose el derecho de los sujetos a realizar determinada actividad económica, uno de los competidores infringe los deberes mínimos de corrección que rigen las actividades económicas, con el fin de atraer clientela en perjuicio de los demás; en este sentido, la Ley sobre Competencia Desleal no sanciona el hecho de

¹² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Las medidas cautelares en el proceso civil. Barcelona, 1974. p. 36.

¹³ MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad 2002, 2002. p. 179.

¹⁴ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945, p. 41.

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

causar daños a otro como consecuencia de la actividad concurrencial, sino el hecho de haberlos causado en forma indebida¹⁵.

35. Por lo tanto, a fin de verificarse la existencia de la verosimilitud del derecho invocado por el Cuerpo Colegiado, debe determinarse si es verosímil que la conducta denunciada ha causado un daño de manera indebida a la competencia.
36. No es cierto, como señala Telefónica, que para que se configure la verosimilitud del derecho invocado es necesario que la autoridad esté persuadida de la existencia de una infracción pues como se ha mencionado en el marco teórico de esta resolución, para que exista tal verosimilitud, la autoridad debe ser persuadida que la pretensión principal tiene forma o apariencia de ser verdadera y sólo durante la tramitación del procedimiento se determinará si la pretensión, es decir la comisión de la infracción, es cierta¹⁶.
37. El procedimiento de oficio fue iniciado debido al uso, por el área de larga distancia de Telefónica, de información referida al tráfico de larga distancia nacional e internacional, que cursan los abonados de esta empresa del servicio de telefonía fija, con el fin de ofrecerles planes promocionales que pudieran resultar más ventajosos de los que vienen ofreciendo sus competidores, en atención a que estos últimos no pueden acceder a esta información privilegiada.
38. En el expediente obra información que acredita la existencia y posesión por parte de funcionarios del área de larga distancia de Telefónica de información referida al tráfico de larga distancia nacional e internacional que cursan los abonados de esta empresa del servicio de telefonía fija, incluso el porcentaje de dicho tráfico cursado por las empresas competidoras. Es más, Telefónica ha reconocido que intercambia información entre sus áreas de larga distancia y telefonía fija como parte de su estrategia comercial y que, por tanto, considera que su accionar es lícito.

¹⁵ KRESALJA, Baldo, "Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal", en Derecho PUCP N° 47. Lima. año 1993, p.22.

¹⁶ Así, por ejemplo, mediante Resolución N° 005-98-INDECOPI/CLC del 05 de octubre del año 1998 (Exp 005-98-CLC, caso iniciado por los señores Roberto Bergerman Acosta y Walter Barbosa Mendoza contra la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita, por supuesto abuso de posición de dominio y por practicas restrictivas de la libre competencia), la Comisión de Libre Competencia otorgó medida cautelar a favor de los denunciantes por considerar que se había configurado la verosimilitud del derecho invocado al haberse constatado la negativa por parte de los denunciados, sin haberse determinado que lo verosímil debía ser que dicha negativa era injustificada (tal como lo establece la ley). La posibilidad que el denunciado ostente posición de dominio y que confluya una negativa y el peligro en la demora harían razonable la adopción de la decisión cautelar. Al término del procedimiento se determinará si la negativa es justificada o no.

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

39. El uso de esta información privilegiada podría poner en desventaja a los competidores de larga distancia de Telefónica pues ésta estaría tratando de captar mayor cantidad de usuarios o recuperar los que había venido perdiendo en el propio desarrollo del proceso competitivo, aparentemente de forma indebida. Esta situación hace verosímil la existencia de una infracción a las normas de represión de la competencia desleal aún cuando no se tiene todavía certeza de que dicho daño es consecuencia de la actividad concurrencial de las empresas o si se ha causado de forma indebida por Telefónica pues esto sólo se determinará al momento de emitirse el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia¹⁷.
40. En virtud de lo antes expuesto, el Tribunal Solución de Controversias considera que ha quedado acreditada la verosimilitud del derecho invocado por el Cuerpo Colegiado.
41. Con relación a los argumentos de Telefónica mediante los cuales sostiene que su conducta es lícita y que, incluso la información que viene utilizando se encuentra protegida por el secreto de las telecomunicaciones, o que el uso de la misma es un secreto comercial y como tal debe recibir el tratamiento legal respectivo. De acuerdo a los anteriores argumentos, es pertinente señalar que los mismos se refieren a aspectos de fondo que son materia de discusión en primera instancia, por lo que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre ellos.

4.2. Peligro en la demora

42. El Cuerpo Colegiado señaló en la Resolución N° 003-2004-CCO/OSIPTEL que de permitirse que Telefónica continúe utilizando la información sobre sus abonados, basándose en que esta situación pondría en desventaja a las demás empresas operadoras del servicio de larga distancia para competir en dicho mercado, se cumpliría el requisito de peligro en la demora.
43. En su recurso de apelación, Telefónica ha cuestionado la existencia de dicho requisito, dado que la expedición de la medida cautelar no era necesaria y sólo supone un riesgo para ella ya que con la aprobación de la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL, los operadores de telefonía fija se encontrarían obligados a entregar información a los operadores de larga distancia que se lo soliciten. Sin embargo, como consecuencia del dictado de la medida cautelar, Telefónica se encontraría impedida de utilizar la misma información que entrega a sus competidores, lo cual la pondría en una situación de claro perjuicio.

¹⁷ Más aún cuando Telefónica, prestadora del servicio de telefonía fija es una empresa, que ha creado una Sucursal de Larga Distancia; de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 2, de la Parte III del contrato de concesión de la ex ENTEL PERU (que estableció como condición que la prestación de los servicios portadores de Larga Distancia Nacional e Internacional debían ser asumidos por una sucursal o una subsidiaria).

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

Además, señala que la medida cautelar es de imposible fiscalización dado que podría presumirse que cualquier oferta ha sido construida tomando como base dicha información.

44. Al respecto, es pertinente señalar que la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL establece la obligación por parte de las operadoras de telefonía fija local que también sean concesionarios de larga distancia, de entregar cierta información, dentro de la cual no está incluida la información que Telefónica viene utilizando de forma exclusiva, y por cuyo uso se ha iniciado esta controversia¹⁸.
45. En efecto, el artículo 3° de la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL no contempla la obligación de entregar información respecto del porcentaje del tráfico total de larga distancia que cursan los abonados a través de las empresas

¹⁸ El mencionado artículo 3° establece que: “Los concesionarios locales que también sean concesionarios de larga distancia, están obligados a poner a disposición de los concesionarios de larga distancia que se lo soliciten, en la forma y plazos establecidos en la presente norma, la siguiente información:

a. Información por línea de abonado de telefonía fija:

a.1 Número telefónico del abonado.

a.2 Nombre o razón social del abonado.

a.3 Dirección donde se encuentra instalada la línea telefónica y dirección a la que se remite el recibo o la factura en caso de ser distintas.

a.4 Indicación de la empresa con la cual el abonado se encuentra preseleccionado.

a.5 Número de minutos mensuales de larga distancia nacional generados.

a.6 Número de minutos mensuales de larga distancia internacional generados.

b. Información relativa a teléfonos públicos

b.1. Información relativa a teléfonos públicos de titularidad ajena:

§ Número telefónico

§ Nombre o razón social del abonado

§ Dirección donde se suministra el servicio o donde se ubica el equipo terminal y dirección a la que se remite el recibo o la factura en casos de ser distintas.

§ Indicación de la empresa con la cual está preseleccionado el teléfono público.

b.2. Información relativa a todos los teléfonos públicos

§ Minutos mensuales de larga distancia nacional generados por terminal de teléfono de uso público. Esta información deberá incorporar el tráfico generado por llamadas realizadas a través de discado directo, por intermedio de operadora y a través de tarjetas de pago.

§ Minutos mensuales de larga distancia internacional generados por terminal de teléfono de uso público. Esta información deberá incorporar el tráfico generado por llamadas realizadas a través de discado directo, por intermedio de operadora y a través de tarjetas de pago.

§ Relación de teléfonos públicos en el área local en la que el concesionario de larga distancia brinda su servicio. Dicha relación deberá incluir el número telefónico del teléfono público.

§ C. Información relativa al tráfico de larga distancia generado en teléfonos de abonado y teléfonos de uso público en función a horarios tarifarios establecidos:

c.1 Total de minutos mensuales de tráfico de larga distancia nacional saliente.

c.2 Total de minutos mensuales de tráfico de larga distancia internacional saliente.

c.3 Total de minutos mensuales de larga distancia nacional salientes desglosados por departamento de destino y de origen.

c.4 Total de minutos mensuales de larga distancia internacional salientes desglosados por país de destino.

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

operadoras de la competencia, que es la información que viene utilizando Telefónica y que es relevante para esta controversia.

46. Por este motivo, el Tribunal de Solución de Controversias considera que el argumento de Telefónica no afecta lo señalado por el Cuerpo Colegiado con respecto a la existencia del peligro en la demora en la resolución materia de apelación.
47. De otro lado, como ya se ha señalado, el peligro en la demora en los procedimientos de oficio supone que de mantenerse durante todo el procedimiento la situación de hecho existente al momento de solicitarse la medida cautelar, se generaría un perjuicio irreparable.
48. En el presente caso, el daño que podría ocasionarse de permitirse que Telefónica continúe utilizando la información sobre sus abonados de telefonía fija para la elaboración de propuestas tarifarias más ventajosas, consistiría en que los usuarios de sus competidores en larga distancia se trasladen hacia Telefónica.
49. Sobre el particular, si bien es cierto que los funcionarios de la Gerencia de Fiscalización verificaron la existencia y posesión por parte de funcionarios del área de larga distancia de Telefónica de un documento impreso que contenía una relación de abonados con indicación de nombre, número telefónico e información acerca del total de tráfico de larga distancia nacional e internacional cursado a través de empresas competidoras, así como el plan tarifario a ser propuesto a cada uno de estos abonados, dicha información por sí sola no acredita la existencia de un desplazamiento de los usuarios de los competidores de Telefónica en larga distancia hacia ella.
50. Además, no obra evidencia suficiente en el expediente que se haya producido tal migración de usuarios pues sólo se ha acreditado la existencia de un caso, en el que se ha ofrecido a un abonado los planes tarifarios con los respectivos descuentos, con la condición que realice todas sus llamadas de larga distancia a través de Telefónica.
51. Si bien podría sostenerse que dicha práctica limitaría o evitaría el dinamismo que hasta ahora el sector refleja, este hecho no ha quedado acreditado¹⁹.
52. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el dictado de una medida cautelar supone una decisión que genera un gravamen para el administrado por lo que debe cumplir con mantener la proporción entre el medio a utilizarse y el fin que se persigue cumplir, de acuerdo al principio de razonabilidad consagrado en el artículo IV 1.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo.

¹⁹ Según los datos citados en el Informe N° 001-2004/GRE, desde la apertura del mercado de larga distancia se ha evidenciado el dinamismo de dicho mercado con el incremento de la participación de los nuevos operadores y la consiguiente reducción del total de tráfico cursado a través de Telefónica.

Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL

53. Al respecto, este Tribunal considera que la medida cautelar debe ser congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento y que, en este caso, el Cuerpo Colegiado no ha cumplido con este principio ya que ha dictado una medida cautelar sin pruebas suficientes que acrediten la necesidad de su implementación.
54. En consecuencia, no se ha cumplido con uno de los requisitos exigidos por el artículo 611 del CPC al no haberse acreditado la existencia del peligro en la demora, por lo cual no corresponde analizar lo alegado por Telefónica respecto a que la medida cautelar dictada por el Cuerpo Colegiado podría ocasionarle un daño de imposible reparación.
55. En virtud de los argumentos antes expuestos, el Tribunal de Solución de Controversias considera que la resolución materia de apelación debe ser revocada.

RESUELVE:

Declarar fundada la apelación interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. y, por tanto, revocar la Resolución N° 003-2004-CCO/OSIPTEL.

Con el voto favorable de los señores vocales: María del Pilar Cebrecos González, Luz María del Pilar Freitas Alvarado, Luis Alberto Maraví Sáez, Dante Mendoza Antonioli y Juan Carlos Valderrama Cueva.

DANTE MENDOZA ANTONIOLI
Presidente