

Gerencia de Relaciones Empresariales

Controversia entre Compañía Telefónica Andina S.A. y Telefónica del Perú S.A.A. (Expediente N° 004-2001)

Informe Instructivo

Informe 007-2001/GRE

Lima, 20 de noviembre de 2001.



INTRODUCCIÓN

La Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado encargado de resolver la controversia seguida por Compañía Telefónica Andina S.A. (TELEANDINA) contra Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFÓNICA) (Expediente 4-2001), emite el presente informe en su calidad de órgano instructor.

El presente informe desarrolla la investigación y el análisis llevado a cabo por la Secretaría Técnica sobre aquellos aspectos del procedimiento señalado que pudieran llevar a la aplicación de sanciones, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 27°, inciso b), de la Ley N° 27336.

Para el referido análisis se han tomado en consideración los medios probatorios y documentos que obran en el expediente de la controversia, la normativa aplicable, las resoluciones de carácter particular emitidas por OSIPTEL relativas al tema de interconexión publicadas en el diario oficial “El Peruano”, así como las publicaciones en los principales diarios de circulación nacional que se adjuntan al presente.

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1. Demandante:

TELEANDINA es una empresa privada que, mediante Resolución Ministerial N° 088-99-MTC/15.03 de fecha 17 de marzo de 1999, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de portador de larga distancia nacional e internacional en Lima y otras ciudades de provincias.

2. Demandado:

TELEFÓNICA es una empresa privada constituida en el Perú que, de acuerdo con las concesiones otorgadas por el Estado mediante contratos, brinda, entre otros, servicios públicos de telecomunicaciones de diversa índole.

El 16 de mayo de 1994, la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. y Entel Perú S.A. –actualmente fusionadas en TELEFÓNICA- suscribieron dos contratos de concesión con el Estado Peruano, en virtud de los cuáles TELEFÓNICA se encuentra autorizada para prestar, entre otros, los servicios públicos de telefonía y portadores locales, de larga distancia nacional y de larga distancia internacional.

II. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 15 de octubre de 1998 se publicó la Resolución N° 018-98-CD/OSIPTEL que fijaba los siguientes cargos de interconexión tope o por defecto que debían aplicarse por minuto de tráfico efectivo para la terminación de llamadas en la red fija local: (i) US\$ 0,015 para la interconexión entre redes de telefonía fija local en horario nocturno desde las 23:00 a 07:00 horas; y, (ii) US\$ 0,029 para la interconexión de todos los servicios públicos de telecomunicaciones.
2. El 7 de agosto de 1999, TELEFÓNICA y TELEANDINA remitieron a OSIPTEL el contrato de interconexión suscrito entre ambas, mediante el cual se establecía la interconexión de la red de portador larga distancia nacional e

distancia y de telefonía móviles de TELEFÓNICA. Luego de recibir las observaciones de OSIPTEL al mismo, con fecha 3 de diciembre de 1999, TELEFÓNICA y TELEANDINA suscriben un contrato de interconexión modificado, como producto de la renegociación llevada a cabo entre las partes.

3. Con fecha 12 de enero de 2000, OSIPTEL emitió el Mandato N° 001-2000-GG/OSIPTEL (en adelante el MANDATO), que establece las condiciones para interconectar la red de servicios portador de larga distancia nacional e internacional de TELEANDINA y la red de telefonía fija de TELEFÓNICA y la red de telefonía móvil de Telefónica Servicios Móviles S.A.C. (hoy Telefónica Móviles S.A.C. (TELEFÓNICA MÓVILES). En éste se establece que el cargo por terminación larga distancia - fija local sería de US\$ 0,029.
4. Con fecha 26 de julio de 2000, Bellsouth Perú S.A. (BELLSOUTH), TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MÓVILES suscribieron un contrato de interconexión, en el cual se acuerda, entre otros temas, como cargo por terminación de llamada en la red de telefonía fija, US\$ 0,01732 por minuto en horario diurno y US\$ 0.00866 en horario nocturno (promedio equivalente a US\$ 0,0168) si la llamada proviene de la red de telefonía fija de la otra empresa contratante.
5. Con fecha 6 de agosto de 2000, se publicó el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL, mediante el cual se reguló la interconexión entre la red de telefonía fija de Firstcom S.A. (actualmente, AT&T Perú S.A., en adelante ATT) y la red de telefonía fija y móvil de TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MÓVILES respectivamente. En dicho mandato se determinó que el cargo de interconexión con la red fija debía ajustarse gradualmente, en atención a lo cual se estableció un esquema de ajustes de cargos, que partían del cargo promedio ponderado de US \$ 0.0168.
6. Con fecha 4 de setiembre de 2000 se publicó en el diario oficial “El Peruano” la Resolución de Gerencia General de OSIPTEL N° 114-2000-GG/OSIPTEL que aprueba el contrato de interconexión suscrito por BELLSOUTH, TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MÓVILES de fecha 26 de julio de 2000, referido en el numeral cuarto.
7. Posteriormente a dicha fecha, TELEFÓNICA y TELEANDINA continuaron conciliando y liquidando el tráfico de larga distancia-fija local sobre la base del cargo fijado por el Mandato N° 001-2000-GG/OSIPTEL¹.
8. El 4 de diciembre de 2000 se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 061-CD-2000/OSIPTEL que establece un nuevo cargo de interconexión tope promedio ponderado para la terminación de llamadas en la red fija local ascendente a US\$ 0.0168, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 2001.
9. Con fecha 11 de julio de 2001, TELEANDINA interpuso demanda en contra de TELEFÓNICA para que (i) en cumplimiento con los principios de no

¹ Tales hechos constan en las actas de conciliación de tráfico y las facturas correspondientes a los meses

discriminación e igualdad de acceso consagrados en la normativa vigente, TELEFÓNICA traslade a TELEANDINA los menores cargos desagregados de terminación en el área local acordados con BELLSOUTH según el contrato de interconexión de redes de fecha 26 de julio de 2000 y que fuera aprobado por Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL; (ii) el Cuerpo Colegiado ordene la aplicación del cargo pactado por la demandada y BELLSOUTH a las liquidaciones de tráfico que corresponda a partir del 26 de julio del 2000, para todas las llamadas entregadas por TELEANDINA a TELEFÓNICA para terminar en las redes locales; (iii) TELEFÓNICA emita la nota de crédito que corresponda a favor de TELEANDINA, por la aplicación del cargo único para todas las llamadas entregadas por ésta; y (iv) el Cuerpo Colegiado imponga a TELEFÓNICA una multa por la comisión de una infracción muy grave.

III. POSICIONES DE LAS PARTES

1. Posición de TELEANDINA:

TELEANDINA fundamenta su demanda en virtud de los siguientes argumentos:

- Desde el inicio de operaciones y durante todo el año 2000 TELEFÓNICA facturó a TELEANDINA conforme a los cargos originales establecidos en el MANDATO, sin tomar en cuenta que a partir de la negociación y adopción del acuerdo de 26 de julio de 2000, mediante el cual TELEFÓNICA y BELLSOUTH acordaron un cargo por minuto en horario diurno de US\$ 0,01732, y en horario nocturno de US\$ 0,00866, debía aplicarse ese mismo cargo para todas las llamadas terminadas por TELEANDINA en la red local, por ser éste el cargo que acordaron ambos operadores en el contrato de interconexión mencionado.
- El artículo 7° del Reglamento de Interconexión, aprobado mediante Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL, señala que los contratos de Interconexión deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia. Por su parte, el artículo 25° del mismo Reglamento establece que los contratos de interconexión incluirán una cláusula que garantice la adecuación de los cargos de acceso y/o condiciones económicas cuando una de las partes negocie con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos de acceso más favorables que los acordados en contratos previos.
- De acuerdo con las normas citadas en el punto precedente, TELEANDINA y TELEFÓNICA pactaron que cuando se diera la circunstancia de que cualquiera de ellos estuviese en condición de otorgar un mejor cargo a un tercero, debían de trasladarlo y concederlo a la otra parte en el mismo momento y bajo las mismas condiciones.
- Mientras que para el tercero esta nueva condición surte efecto en el momento que se concreta su propia interconexión, para las partes la condición es automática en la medida en que sus interconexiones estén vigentes al momento de celebrarse el nuevo acuerdo con el tercero.
- En tal sentido, para ejercer el derecho de reclamar el nuevo cargo y/o que la adecuación al mismo ocurra automáticamente, basta que se cumplan los siguientes requisitos:
 - (a) Que una de las partes acuerde o negocie con un tercero un cargo

- (c) Que esté vigente la interconexión entre las partes.
- (d) Que el cargo aludido corresponda a una prestación equivalente.

- No cabe duda que el cargo pactado por TELEFÓNICA y BELLSOUTH, se refiere a una interconexión equivalente a la que tiene TELEFÓNICA y TELEANDINA puesto que se trata del cargo de interconexión para terminación en la red local.²
- Lo anterior se ajusta a lo establecido por el numeral 48 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, aprobados por el Decreto Supremo N° 020-98-CD/OSIPTEL (en adelante los Lineamientos de Apertura), según el cual el cargo debe ser único a nivel nacional, sin diferenciar entre llamadas salientes y entrantes, ni locales y larga distancia, y sin importar la red de destino, sea fija o móvil.
- La interconexión entre redes de distintos operadores se da bajo principios de observancia obligatoria, siendo uno de ellos el principio de igualdad de acceso que consagra el derecho de los concesionarios u operadores de servicios públicos a interconectar sus redes en condiciones equivalentes a las acordadas entre otros operadores. Este principio se sustenta en el artículo 71° del Texto Único de la Ley de Telecomunicaciones – D.S. 013-93-TCC (en adelante la Ley de Telecomunicaciones); en el artículo 108° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 006-94-TCC; el artículo 10° del Reglamento de Interconexión; y los artículos 6° y 7° de las Normas Comunes de Interconexión, aprobadas por la Resolución N° 432 de la Comunidad Andina.
- Lo anterior demuestra que TELEFÓNICA, en virtud del Contrato y MANDATO que regula la interconexión con TELEANDINA, debió trasladarle automáticamente el menor cargo que pactó con BELLSOUTH. Al no haberlo hecho, ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 37° del Reglamento General de OSIPTEL de Infracciones y Sanciones³, aprobado por la Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL (Reglamento de infracciones), calificada como muy grave.

2. Posición de TELEFÓNICA:

TELEFÓNICA contradice la demanda de TELEANDINA en todos sus extremos en virtud de los siguientes argumentos:

- Las acusaciones de TELEANDINA sobre violación a los principios de igualdad de acceso y discriminación no se condicen con el tratamiento igualitario que TELEFÓNICA ha brindado a todos los operadores que se han interconectado con su red de telefonía fija.
- La Resolución N° 018-98-CD/OSIPTEL, de conformidad con lo establecido en el artículo 23° del Reglamento de Interconexión⁴, permite en su artículo

² Para sustentar aquello TELEANDINA cita la parte considerativa y los artículos 2° y 4° de la Resolución N°061-2001-CD/OSIPTEL; y al artículo 3° de la Resolución N° 018-98-CD/OSIPTEL.

³ “Artículo 37°.- La empresa que no otorgue condiciones equivalentes de interconexión de acuerdo a 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.”

⁴ “Artículo 23°.-Los operadores de las redes o servicios a interconectarse pueden acordar otorgarse

2^{o5} en forma clara y explícita la posibilidad de establecer un cargo diferenciado tratándose de redes de telefonía fija local en horario nocturno.

En tal sentido, al permitir OSIPTEL la aplicación de un horario nocturno diferenciado para el caso de interconexión de redes fijas, facultaba a que en caso las partes pactaran un cargo menor para el horario nocturno, la reducción de dicho cargo fuera aplicable también al horario normal. Tal como se desprende del artículo 2º citado, la reducción del cargo era aplicable exclusivamente a la interconexión de redes de telefonía fija.

Este es el sentido de la Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL que aprobó el contrato de interconexión de redes de servicios de telefonía fija de BELLSOUTH, y redes de telefonía fija y larga distancia de TELEFÓNICA, y móvil de TELEFÓNICA MÓVILES, en la cual se determinan, amparados en los artículos 1º y 2º de la Resolución N° 018-98-CD/OSIPTEL, cargos diferenciados y aplicables únicamente, hasta la determinación del nuevo cargo tope, a las redes de telefonía fija.

- Si no se concluye que la intención clara y manifiesta de OSIPTEL era establecer un cargo para la interconexión entre redes de telefonía fija local y un cargo de interconexión para las demás redes de telefonía fija local y un cargo de interconexión para las demás redes, dicha norma no tendría razón de ser ni sentido.
- Tal como se establece en la resolución que lo aprueba, el contrato de Interconexión entre BELLSOUTH, TELEFÓNICA MÓVILES y TELEFÓNICA es oponible a las partes que lo han suscrito y no a terceros operadores, dentro de los cuales se incluyen a los portadores de larga distancia y operadores de redes móviles.
- La posibilidad de establecer temporalmente cargos diferenciados para terminación en redes de telefonía fija incluso ha sido recogida por OSIPTEL en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL. En éste se establece cargos diferenciados para terminación en redes de telefonía fija. Este nuevo cargo no modificó la relación de Interconexión entre la red de larga distancia de AT&T y la red de telefonía fija de TELEFÓNICA.
- Es decir, el propio regulador ha permitido la existencia de valores diferenciados para los cargos de terminación de llamada solo en las relaciones de Interconexión entre redes de telefonía fija y de forma temporal hasta la determinación de un nuevo cargo que hiciese posible el establecimiento de un cargo uniforme.
- La referencia *“para la interconexión entre redes de telefonía fija local”* prevista en el artículo 2º de la Resolución N° 018-98-CD/OSIPTEL no ha sido recogida en la Resolución N° 061-2000-CD/OSIPTEL tratándose del cargo diferenciado para horario nocturno, por lo tanto ha desaparecido también la posibilidad de establecer cargos diferenciados entre redes telefonía fija local; situación que debió de entenderse como un mecanismo

⁵ “Artículo 2º.-Los cargos de interconexión tope o por defecto que se aplicarán por minuto de tráfico efectivo para la terminación de llamadas en la red de telefonía fija local serán por todo concepto:

- US\$ 0,015 para la interconexión entre redes de telefonía fija local en horario nocturno desde las

temporal para permitir la apertura del mercado de telefonía fija a la competencia.⁶

- Es cuestionable que TELEANDINA sabiendo de la existencia de un nuevo cargo entre BELLSOUTH y TELEFÓNICA no reportara a TELEFÓNICA dicha opción como la mejor práctica.
- TELEANDINA ha venido aceptando facturas correspondientes al tráfico cursado en el periodo de junio a diciembre de 2000 sin haber cuestionado la aplicación de dicho cargo, lo que significa una clara aceptación del mantenimiento de los cargos de Interconexión por terminación de llamadas durante dicho periodo.
- La demanda se ubica en una estrategia de TELEANDINA para esquivar sus obligaciones de pago.
- En virtud de lo expuesto, queda demostrado que TELEFÓNICA no ha realizado prácticas que puedan ser calificadas como de trato discriminatorio o de violar el principio de igualdad de acceso.
- Adicionalmente, solicita a OSIPTEL imponer a TELEANDINA una multa por actuación procesal temeraria y de mala fe por manifiesta carencia de fundamento jurídico de la demanda, por alegarse hechos contrarios a la realidad y por utilizar el proceso para fines claramente ilegales y con propósitos dolosos y fraudulentos.

IV. PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante Resolución N° 006-2001-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado fijó como puntos controvertidos los siguientes:

1. Determinar si TELEFÓNICA ha 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 es originada en la red fija local, pactado con BELLSOUTH PERÚ S.A. mediante acuerdo de interconexión de fecha 26 de julio de 2000 y que fuera aprobado por OSIPTEL mediante Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL.
2. Determinar si debe ordenarse la aplicación del cargo pactado por TELEFÓNICA y BELLSOUTH PERÚ S.A. mediante Acuerdo de fecha 26 de julio de 2000 a las liquidaciones de tráfico efectuadas por TELEFÓNICA y TELEANDINA a partir de dicha fecha y de ser así, si corresponde ordenar la emisión por parte de TELEFÓNICA de las notas de crédito que corresponderían a favor de TELEANDINA.

Debido a que el presente informe tiene por finalidad analizar y dar la opinión de la Secretaría Técnica respecto de la comisión por parte de TELEFÓNICA de la infracción imputada por TELEANDINA, éste se limita al análisis del primer punto controvertido, y a la solicitud de TELEFÓNICA de imponer a TELEANDINA una sanción por actuación temeraria y mala fe.

⁶ A diferencia del artículo 2° de la Resolución N° 018-98-CD/OSIPTEL, el artículo 2° de la Resolución N° 061-2000-CD/OSIPTEL, establece la posibilidad de establecer cargos diferenciados para los horarios

V. ANÁLISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO 1 – COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA

A efectos de determinar si TELEFÓNICA ha cometido la infracción que se le imputa, previamente debe determinarse (i) si TELEANDINA tenía derecho a acogerse al cargo de interconexión de US\$ 0,0168 establecido en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL y posteriormente pactado entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH para la interconexión de sus redes fijas; y (ii) de concluir que sí tenía derecho, 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 constituye una infracción al artículo 37° del Reglamento de Infracciones.

1. DERECHO DE TELEANDINA DE ACOGERSE AL CARGO DE INTERCONEXIÓN DE US\$ 0,0168.

De acuerdo con el artículo 13° del Reglamento de Interconexión, recogido en el numeral 44 de los Lineamientos de Apertura, *“Los operadores de redes o servicios interconectados, se pagarán entre sí cargos de acceso, en relación a las instalaciones, que acuerden brindarse para la interconexión. Tales cargos serán aprobados por OSIPTEL y serán iguales a la suma de: (i) los costos de interconexión, (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local, y (iii) un margen de utilidad razonable.”*

El numeral 48 de los Lineamientos de Apertura establece que *“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.”* (El resaltado es nuestro).

De otro lado, el artículo 7° del Reglamento Interconexión establece que *“Los contratos de interconexión deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia. Su ejecución debe realizarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes.”*

Por su parte, el artículo 25° del Reglamento de Interconexión establece que *“En virtud de los principios a que se refiere el Artículo 7° del presente Reglamento, 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.”*

El Mandato N° 001-2001-GG/OSIPTEL, que regula la relación de interconexión entre la red de larga distancia de TELEANDINA y la red fija de TELEFÓNICA, establece en su artículo 12° que:

“Las condiciones técnicas y económicas establecidas en el MANDATO, tales como los cargos de interconexión a la red fija de TELEFÓNICA, se

adecuarán a los cambios de régimen y a la normativa que apruebe OSIPTEL.

*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.”*

De las normas antes citadas, se desprende que:

- a. Los cargos de interconexión deben ser fijados en función a costos más un margen de utilidad razonable. En tal sentido, si el costo de terminar en una red de telefonía local una llamada proveniente de otra red de telefonía local es el mismo que el de terminar una llamada proveniente de una red de larga distancia, el cargo de interconexión debería ser el mismo.
- b. El numeral 48 de los Lineamientos de Apertura, al establecer que para efectos del cargo de interconexión por defecto, no debe diferenciarse entre llamadas locales ni de larga distancia, reconoce que no existe justificación alguna para diferenciar entre ambos tipos de llamadas. Es decir, concordando dicha norma con lo establecido en el artículo 13° del Reglamento de Interconexión, recogido en el numeral 44 de los Lineamientos de Apertura, el costo de terminar una llamada proveniente de una red local en otra red local, es el mismo que el de terminar una llamada proveniente de una red de larga distancia en una red local.
- c. Lo mencionado se recoge en la Resolución N° 114-2000-GG- en la cual se establece que el acuerdo relativo al cargo por terminación de llamada en la red de telefonía fija de US\$0,029 si la llamada proviene de o termina en cualquier otra red, no puede afectar a operadores que no han suscrito el contrato, los mismos que se pueden acoger a las mejores prácticas.
- d. En tal sentido, siendo el costo de terminar una llamada de larga distancia igual al de terminar una llamada local en la red de telefonía fija, el cargo de interconexión en ambos casos debería ser el mismo, de conformidad con las normas antes citadas.
- e. Lo señalado en el literal anterior se sustenta además, en virtud a los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso.
- f. Como consecuencia de los principios mencionados en el literal anterior se establece el derecho de los operadores de acogerse al cargo más beneficioso que su contraparte hubiera pactado con un tercero en una relación de interconexión equivalente.
- g. Debido a lo mencionado en el literal c del presente numeral, la relación de interconexión para la cual se pactó el cargo de US\$0,0168 resulta equivalente a la establecida mediante el MANDATO, entre TELEFÓNICA y TELEANDINA, y por lo tanto tendría derecho a la adecuación del MANDATO. Esto último se encuentra corroborado con lo establecido en la Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL, citada en el literal c precedente.

Respecto de los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en su contestación, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a. La Resolución N° 018-98-CD/OSIPTTEL citada por TELEFÓNICA, permitía que para el caso de telefonía fija se establecieran cargos diferenciados para el horario diurno y nocturno, lo cual no quiere decir que permitiera diferenciar el cargo tope promedio ponderado en atención a la red de procedencia o de origen de la llamada. Interpretar lo contrario implicaría ir en contra de lo establecido en el numeral 48 de los Lineamientos de Apertura, norma de mayor jerarquía que la citada resolución.
- b. El hecho de que OSIPTTEL haya establecido en la Resolución que aprobó el contrato de interconexión de las redes de telefonía fija de TELEFÓNICA y BELLSOUTH que, *“En aplicación de lo dispuesto por el Artículo 1363° del Código Civil, los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan. En ese sentido, el contrato de interconexión sólo involucra y resulta oponible a las partes que lo han suscrito y no a terceros operadores”*, no puede ni debe entenderse como una restricción al ejercicio del derecho de los demás operadores de acogerse al cargo más beneficioso. Es más, dicha precisión, se incluyó como argumento para concluir que la distinción de cargos pactados por TELEFÓNICA y BELLSOUTH no podía ser opuesto a empresas operadoras que no hubieran intervenido en el contrato.
- c. El que OSIPTTEL haya aprobado el contrato de interconexión para las redes de telefonía fija de TELEFÓNICA y BELLSOUTH, no quiere decir que OSIPTTEL haya considerado que dicho cargo únicamente podía ser aplicado para las interconexiones entre redes fijas tal como se establece expresamente en la Resolución que lo aprobó.

En efecto en la parte considerativa de dicha Resolución se estableció expresamente que *“La aprobación de la distinción de cargos en esta relación contractual, **no constituye la posición institucional de OSIPTTEL, ni valida el criterio de distinción de cargos, por lo que no puede ser opuesta a los operadores de terceras redes que no intervienen en el contrato materia de análisis.**”*. (El resaltado es nuestro).

Asimismo establece que *“En virtud de las consideraciones antes expuestas, esta Gerencia General considera que el acuerdo relativo al cargo por terminación de llamada en la red de telefonía fija de US\$ 0,029 si la llamada proviene de o termina en cualquier otra red no puede afectar a terceros operadores que no han suscrito el presente contrato de interconexión; los mismos que - de conformidad a la normativa vigente – se pueden acoger a mejores prácticas que el operador con el cual se han interconectado le haya otorgado a terceros.”*

En tal sentido, la Secretaría Técnica entiende que el que OSIPTTEL haya aprobado el contrato con la distinción de cargos para la interconexión de las redes fijas y la interconexión de las redes de larga distancia y fija de las partes, obedece al reconocimiento por parte del regulador del derecho de las partes por un lado de pactar un cargo menor al tope, y por otro lado de optar por acogerse o no al cargo que le resulte más favorable, siempre que éste no fuera el cargo tope.⁷

⁷ Una interpretación similar se desprende de la Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTTEL, en la cual se establece, respecto de la tabla de enlaces aprobada por las partes, que *“ (...) las partes pueden renunciar*

- d. El que OSIPTEL haya dictado el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL, estableciendo el cargo de US\$ 0,0168 para la interconexión de las redes fijas de las partes y no se haya modificado el cargo de US\$ 0,029 vigente entre las partes para la relación de interconexión entre la red fija de TELEFÓNICA y la red de larga distancia de ATT, no demuestra que el regulador haya considerado que el cargo de US\$ 0,0168 sólo podía ser aplicado en las interconexiones de redes de telefonía fija, y que no era posible que un operador de larga distancia se acogiera a dicho cargo.

El citado mandato, tal como lo establece expresamente, regula única y exclusivamente las relaciones de interconexión entre la red fija de ATT, y la red fija de TELEFÓNICA y la red móvil de TELEFÓNICA MÓVILES, no incluyendo ni la interconexión entre la red fija de TELEFÓNICA y la red de larga distancia de ATT, ni la de la red de larga distancia de TELEFÓNICA y la de telefonía fija de ATT. En tal sentido, dicho mandato, no tenía ni podía pronunciarse sobre el cargo aplicable a dichas relaciones de interconexión. Esta aclaración consta en el propio texto del mandato.⁸

En tal sentido, en virtud con la normativa vigente y de acuerdo con los argumentos antes expuestos, la Secretaría Técnica es de la opinión que las empresas operadoras de larga distancia interconectadas con la red de telefonía fija de TELEFÓNICA, entre ellas TELEANDINA, tuvieron el derecho de acogerse al cargo más favorable de US\$ 0,0168 aprobado en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL y acordado en el contrato entre TELEFÓNICA y BELL SOUTH aprobado por Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL, desde la vigencia de éste (es decir, antes de la entrada en vigencia de la Resolución N° 061-2000-CD/OSIPTEL que aprobó dicho cargo como tope).

2. ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE TELEFÓNICA DE LIQUIDAR CON TELEANDINA CON EL CARGO DE US\$ 0.0168

Habiéndose concluido que TELEANDINA tenía el derecho de acogerse al cargo de terminación en la red fija de TELEFÓNICA pactado por dicha empresa y BELL SOUTH, ascendente a US\$ 0.0168 de acuerdo con las normas y principios citados en el punto anterior, corresponde determinar los alcances de la obligación de TELEFÓNICA de liquidar con TELEANDINA aplicando este cargo.

2.1. Interpretación de los artículos 25° del Reglamento de Interconexión y 12° del MANDATO

De acuerdo con el artículo 25° del Reglamento de Interconexión antes citado, la adecuación debe darse cuando la empresa con la cual se tiene una relación de interconexión (Empresa A) acuerde un cargo o cualquier otra condición económica con una empresa (Empresa B) que le resulte

⁸ Sobre este punto en el numeral 4.2.6 de dicho Mandato se establece que "(...) esta Gerencia considera que mediante el Mandato de Interconexión N° 001-99-GG/OSIPTEL se estableció la interconexión entre la red del servicio portador de larga distancia de FIRSTCOM con la red de los servicios de telefonía fija local y portador de larga distancia de TELEFÓNICA, **por lo que no es necesario pronunciarse en el presente MANDATO** respecto de las llamadas originadas en la red fija local de FIRSTCOM que utilizando los servicios de ésta misma se brinda terminan en la red local de TELEFÓNICA en áreas locales distintas a la del departamento de Lima." (El resaltado es nuestro).

De otro lado, en el mismo punto se establece que "Atendiendo a los comentarios de FIRSTCOM, es opinión de esta Gerencia General que un requisito previo para que los abonados de FIRSTCOM puedan preseleccionar a TELEFÓNICA como su operador del servicio de larga distancia, es que exista un acuerdo de interconexión entre la red del servicio de telefonía fija local de FIRSTCOM y la red del servicio portador de larga distancia de TELEFÓNICA. La

más favorable a otra empresa con la cual la Empresa A tiene previamente una relación de interconexión (Empresa C).

El artículo 12° del Mandato⁹, recoge lo antes mencionado, añadiendo sin embargo que la adecuación será automática.

En tal sentido, a efecto de determinar los alcances de dichas disposiciones es necesario responder a las siguientes preguntas: (i) ¿Qué debe entenderse por “adecuación automática”? y (ii) ¿Quién debe determinar que condición es la más favorable para la Empresa C?

TELEANDINA, sostiene que por adecuación automática debe entenderse que basta que la Empresa A y la Empresa B pacten condiciones económicas más favorables para la Empresa C para que éstas resulten aplicables a dicha empresa.

Esta interpretación implica que:

- a. La Empresa A deba analizar y determinar qué cargo o condición económica le resulta mas favorable a todas y cada una de las empresas con las cuales tenga una relación de interconexión, cada vez que celebre un contrato de interconexión con una empresa con cargos o condiciones diferentes.
- b. La Empresa A tenga que aplicar a todas las empresas con las cuales tenga una relación de interconexión, las condiciones económicas o cargos que ella considere más beneficiosas, desde la vigencia de éstas.

Esta interpretación, sin embargo, puede generar los siguientes problemas:

- a. *La Empresa A tendría la carga de determinar qué cargos o condiciones económicas resultan más favorables para la Empresa C no obstante: (i) no siempre contará con la información necesaria para determinar qué información resulta mas favorable para dicha empresa; (ii) la Empresa C se encuentre en mejores condiciones para realizar tal determinación; y (iii) la Empresa C tenga conocimiento de la celebración del contrato entre la Empresa A y Empresa B, y pueda acceder a la información relativa a los cargos y condiciones económicas necesaria para realizar tal análisis*

De acuerdo con el artículo 21° del Reglamento de Interconexión existen diferentes modalidades de cargos de interconexión: (i) por tiempo de ocupación de las comunicaciones debidamente completadas y/o volumen de información; (ii) cargos fijos periódicos; y (iii) cualquier modalidad distinta a las anteriores, siempre y cuando el operador que solicite tal modalidad demuestre que ésta es más eficiente que las anteriores.

De otro lado, el artículo 23° del Reglamento de Interconexión, establece la facultad de los operadores de acordar otorgarse

⁹ Si bien el mencionado artículo se refiere únicamente a los contratos interconexiónlo dispuesto por éste

descuentos a los cargos de acceso (i) por volumen de tráfico o (ii) por horarios en que éste se cursa.

Es decir, los cargos y demás condiciones económicas a comparar pueden no estar referidos a una misma unidad de medida y, por lo tanto, no ser posible realizar una comparación directa entre los mismos que permita determinar a priori si uno es más beneficioso que otro.

En tal caso, la comparación sólo podría llevarse a cabo conociendo en detalle información interna de la Empresa C, tal como: la estructura de costos, volumen de tráfico por horarios de la Empresa C, expectativas de crecimiento del tráfico, etc.

Esto implica que la Empresa C se encontraría en mejores condiciones para determinar qué cargos o condiciones económicas le resultan más favorables.

Sin embargo, para que la Empresa C pueda realizar dicho análisis, se requiere de una condición previa: que dicha empresa tenga o pueda tener conocimiento de la celebración del acuerdo entre la Empresa A y B, y de los cargos y demás condiciones económicas pactados.

Por tal motivo, es necesario determinar si tal condición se cumple de acuerdo con la normativa vigente.

Sobre el particular debe tomarse en consideración lo siguiente:

- 1) Todas las Resoluciones mediante las cuales se aprueban contratos de interconexión son publicadas en el diario oficial “El Peruano”, con lo cual la Empresa C puede enterarse oportunamente de la celebración de contratos de interconexión entre la Empresa A y la Empresa B.
- 2) Las Resoluciones que emite OSIPTEL aprobando contratos de interconexión, suelen contener información relativa a las condiciones económicas pactadas entre la Empresa A y la Empresa B.¹⁰
- 3) El artículo 45° del Reglamento de Interconexión vigente hasta el 4 de setiembre de 2001, disponía que OSIPTEL establecerá un sistema que permita acceder a los operadores e inversionistas y público en general, mediante el pago de los derechos correspondientes, a una base de datos que contenga la información general y relevante referida a los contratos de interconexión, mandatos y cualquier dato adicional.

¹⁰ A manera de ejemplos citamos las siguientes Resoluciones de la Gerencia General de OSIPTEL mediante las cuales se aprueban contratos de interconexión entre diferentes empresas: Nos. 137-2001-GG/OSIPTEL, 123-2001-GG/OSIPTEL, 91-2001-GG/OSIPTEL, 92-2001-GG/OSIPTEL, 93-2001-GG/OSIPTEL, 95-2001-GG/OSIPTEL, 72-2001-GG/OSIPTEL, 73-2001-GG/OSIPTEL, 78-2001-

- 4) El artículo 45° del Reglamento de Interconexión, modificado por la Resolución N° 047-2001-CD/OSIPTEL dispone que OSIPTEL establecerá un Registro de Contratos de Interconexión, en el cual se incluirán todos los acuerdos suscritos por las empresas operadoras relacionados con la interconexión de sus redes o servicios. Este registro será de acceso público.
- 5) Dicho artículo además establece que la información relativa a cargos de interconexión es siempre pública (tanto el anterior, como el vigente).
- 6) Todos los mandatos de interconexión se publican en el diario oficial “El Peruano”, con lo cual la Empresa C puede enterarse de los mandatos emitidos por OSIPTEL que pudieran contener cargos o condiciones más favorables, y a los que su empresa podría acogerse.

Es decir, de acuerdo con la normativa vigente, la Empresa C se encuentra en condiciones de tomar conocimiento que la Empresa A ha celebrado un acuerdo que le pudiera resultar más favorable, y de acceder a la información relevante.

Debido a lo mencionado, debería ser la Empresa C quien tenga la carga de determinar qué cargo u otra condición económica le resulta más favorable, y comunicarlo a la Empresa A para que ésta se lo aplique.

- b. *La Empresa C podría no estar de acuerdo con la adecuación de su contrato o mandato al cargo o condición económica que la Empresa A consideró más beneficiosa.*

En tal caso, la Empresa C podría reclamar a la Empresa A por haber “modificado” unilateralmente su contrato o mandato, o por haber incumplido las condiciones establecidas en éste.

- c. *La Empresa A sería responsable por las omisiones o errores que pudiera cometer en la determinación de cargos y otras condiciones económicas más favorables para la Empresa C; mientras que la Empresa C no tendría responsabilidad alguna por no haber manifestado su posición oportunamente.*

La Empresa A, podría omitir aplicar a la Empresa C un cargo o condición económica pactado con la Empresa B por considerar que no le resulta más favorable. Sin embargo, la Empresa C podría no estar de acuerdo.

En tal caso, la Empresa C podría reclamar a la Empresa A que le aplique los cargos o condiciones que la Empresa C considera más favorable, retroactivamente, desde la fecha en que el acuerdo entre la Empresa A y la Empresa B entró en vigencia.

No obstante, haber tenido la Empresa C acceso a la información necesaria para pronunciarse sobre qué cargos o condiciones económicas le resultarían más favorables, dicha empresa no podría

establecido en el Código Civil. Es decir, podría presentar tal solicitud, por ejemplo, dos años después, causando un grave perjuicio a la Empresa A.

- d. *Se ampararía la falta de diligencia de la Empresa C, y se estaría asignando ineficientemente responsabilidades.*

De los puntos anteriores, se infiere que de acuerdo con la interpretación planteada por TELEANDINA, toda la responsabilidad de determinar qué cargos o condiciones económicas son más favorables para la Empresa C, se estaría imponiendo sobre la Empresa A.

La Empresa C, en tal sentido, no tendría mayores incentivos para actuar diligentemente. Esto es para hacer uso de la información que tiene a su disposición y solicitar a la Empresa A la aplicación de cargos y condiciones que finalmente repercutirán en su favor.

De otro lado, se estaría atribuyendo, de manera poco eficiente las responsabilidades, puesto que se estaría asignando la responsabilidad de determinar qué cargo o condición económica resulta más favorable para la Empresa C, a la Empresa A, quien no siempre contará con la información necesaria para llegar a una conclusión acertada.

Debido a lo antes expuesto, y tomando en consideración que al interpretar qué se entiende por “adecuación automática” debe llegarse a una interpretación que resulte aplicable para todos los casos¹¹, la Secretaría Técnica considera que por “adecuación automática” no puede entenderse que la Empresa A debe aplicar unilateralmente en su relación de interconexión con la Empresa C el cargo que estime más beneficioso para ésta.

La Secretaría Técnica a efectos de interpretar qué debe entenderse por adecuación automática, además de lo mencionado, considera que debe analizarse el artículo 25° del cual dicha disposición deriva.

El artículo 25° establece la obligación de la inclusión en los contratos de interconexión de la cláusula de adecuación de cargos y condiciones económicas, en virtud a los principios a que se refiere el artículo 7° del Reglamento de Interconexión, es decir a los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia.

Los principios de neutralidad y de no discriminación, a los que se refiere el artículo 7° (definidos en los artículos 8° y 9° del Reglamento de Interconexión) prohíben determinadas prácticas que busquen o pretendan favorecer a la empresa operadora que las realiza o a empresas vinculadas, en detrimento de los demás agentes que operan en el mercado.

Por su parte el principio de igualdad de acceso, previsto en el artículo 10° del Reglamento de Interconexión, establece la obligación de las

¹¹ Es decir, para los casos en los cuales la comparación entre cargos y condiciones económicas puede

empresas operadoras de interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores de otros servicios **que lo soliciten**.

En tal sentido, de los artículos 10° y 25° del Reglamento de Interconexión, se desprende que las empresas operadoras pueden acordar condiciones más favorables con determinadas empresas que las pactadas con otras - siempre y cuando no infrinjan los principios de neutralidad y no discriminación - encontrándose, sin embargo obligadas a brindar dichas condiciones a las empresas que **se lo soliciten**, en cuyo caso sus contratos o mandatos de interconexión se adecuarán a éstas.¹²

En conclusión, en virtud a las normas antes citadas, la Secretaría Técnica considera que por adecuación automática debe entenderse que basta que la Empresa C solicite la adecuación de su mandato o contrato a un cargo u otra condición económica que la Empresa A hubiera pactado con la Empresa B, para que dicho mandato o contrato quede adecuado automáticamente, sin que se requiera de pronunciamiento alguno por parte de la Empresa A, y sin que la Empresa A pueda cuestionar si efectivamente dicho cargo o condición favorece a la Empresa C. Es decir, el efecto de la adecuación automática consiste en eximir a la Empresa C de tener que llegar a un acuerdo de voluntades con la Empresa A para adecuar su mandato o contrato.

2.2. Caso TELEANDINA - TELEFÓNICA

Habiéndose concluido cómo debe interpretarse el concepto de “adecuación automática”, corresponde analizar el caso particular entre TELEFÓNICA y TELEANDINA materia de la controversia.

De los escritos presentados por las partes, se puede apreciar que TELEANDINA no sólo nunca solicitó a TELEFÓNICA la adecuación de su cargo de interconexión, sino que además las liquidaciones se realizaron con el cargo establecido en el mandato de US\$ 0,029 sin que TELEANDINA objetara dicha actuación con anterioridad a la interposición de la demanda que dio origen a la presente controversia (esto es once meses de la publicación del Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL y diez de la publicación de la Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL) lo que revela su voluntad de seguir aplicando el cargo establecido en su MANDATO.

Es del caso señalar que en la Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL, publicada en el diario oficial “El Peruano” con fecha 4 de setiembre de 2000, mediante la cual se aprobó el Contrato de Interconexión entre las redes de telefonía fija de BELLSOUTH y TELEFÓNICA, se señaló expresamente que el cargo por terminación de llamadas en la red fija ascendía a US\$0.0168, precisándose que si las partes habían acordado

¹² Esta interpretación se ve corroborada, con el hecho de que OSIPTEL apruebe contratos de interconexión con condiciones menos favorables a las ya otorgadas por una de las partes en el contrato, dejándose a salvo claro, el derecho de la otra parte de solicitar la adecuación de su contrato a dichas condiciones si lo considera conveniente. Por ejemplo: la Resolución N° 109-2000-GG/OSIPTEL mediante la cual se aprobó el contrato de interconexión entre H.H. Telecom S.A. y Telefónica del Perú S.A.A.; y la Resolución N° 115-2000-GG/OSIPTEL mediante la cual se aprueba el contrato de

dicho cargo significaba que éste cubría los costos de terminación de llamadas en la red fija.

De otro lado, la aprobación por parte de OSIPTEL del cargo de US\$ 0,0168 fue ampliamente difundida en la prensa¹³.

En tal sentido, TELEANDINA estuvo en condiciones de acceder a la información necesaria y de solicitar la adecuación de su cargo de interconexión, oportunamente (inclusive antes de la entrada en vigencia de éste) y carecería de sustento cualquier argumentación por parte de dicha empresa que atribuya el no haber solicitado la adecuación de su cargo con anterioridad, y más aún haber aceptado seguir liquidando con el cargo establecido en su MANDATO, al hecho de no haber tenido conocimiento oportuno de dicha aprobación.

3. COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN POR PARTE DE TELEFÓNICA

De acuerdo con lo expuesto anteriormente es opinión de la Secretaría Técnica que TELEANDINA tenía derecho a la adecuación de su cargo de terminación, pero que para hacer valer dicho derecho debía comunicarle a TELEFÓNICA tal decisión, lo cual de los escritos y medios probatorios presentados por las partes, se desprende que no lo hizo.

En tal sentido, al no haber TELEANDINA solicitado la adecuación de su MANDATO, y no haber objetado las liquidaciones efectuadas por TELEFÓNICA en las que se aplicó el cargo de US\$ 0,029, la Secretaría Técnica considera que esta empresa no estaba obligada a liquidar aplicando el cargo de US\$ 0,0168, y en consecuencia no incurrió en la infracción imputada por TELEANDINA.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL TEMERARIA POR PARTE DE TELEANDINA

Tal como se ha mencionado anteriormente TELEFÓNICA solicitó a OSIPTEL que sancione a TELEANDINA por actuación procesal temeraria y de mala fe por manifiesta carencia de fundamento jurídico de la demanda, por haber alegado hechos manifiestamente contrarios a la realidad y por haber utilizado el procedimiento de solución de controversias para fines “claramente ilegales y con propósitos dolosos y fraudulentos”.

De acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil - aplicable supletoriamente al presente procedimiento de acuerdo con la Segunda Disposición Final del Reglamento de Controversias - “*Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el*

proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.”.

De acuerdo con los numerales 1 y 2 del artículo 112° del Código Procesal Civil, se considera que existe temeridad o mala fe **“cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio”** y **“cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”**. (El resaltado es nuestro).

De otro lado, el artículo 104° del citado Reglamento establece 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 de OSIPTEL será sancionado con una multa de hasta 100 UITs mediante resolución debidamente motivada.”** (El resaltado es nuestro).

Tal como se desprende de los artículos antes mencionados, no es suficiente que una demanda sea considerada infundada para que se presuma la existencia de temeridad procesal o mala fe, sino que la carencia de fundamento debe ser manifiesta, lo cual, en opinión de la Secretaría Técnica no ha ocurrido en el presente caso.

De otro lado, no se ha probado que TELEANDINA haya demandado para fines "claramente ilegales y con propósitos dolosos y fraudulentos", como afirma TELEFÓNICA en su demanda.

En tal sentido, en opinión de la Secretaría Técnica, TELEANDINA no habría incurrido en la infracción imputada por TELEFÓNICA.

VII. CONCLUSIONES

En conclusión, es opinión de la Secretaría Técnica que: (i) TELEANDINA tuvo derecho a acogerse al cargo de US\$ 0.0168 pactado entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH y establecido en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL, desde el momento en que dicho cargo entró en vigencia; (ii) para hacer valer dicho derecho, sin embargo, TELEANDINA debió de comunicarle a TELEFÓNICA su intención de acogerse a éste; (iii) TELEANDINA no efectuó tal comunicación por lo que el cargo de US\$ 0,029 establecido en su MANDATO, se mantuvo vigente entre las partes hasta la entrada en vigencia de la Resolución N° 061-2000-CD/OSIPTEL que aprobó el cargo de US\$ 0,0168 como cargo tope; (iv) estando vigente el cargo de US\$ 0,029 en la relación de interconexión entre TELEANDINA y TELEFÓNICA hasta la entrada en vigencia de la antes mencionada resolución, TELEFÓNICA no incurrió en la infracción que se le imputa, ni en ninguna otra, por aplicar dicho cargo y no el de US\$ 0,0168; (v) TELEANDINA no habría incurrido en infracción por denuncia temeraria ni mala fe.

Lima, 20 de noviembre de 2001.

MARÍA LUISA HILDEBRANDT B.
GERENTE DE RELACIONES EMPRESARIALES (E)