



RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 032-2006-CCO/OSIPTEL

Lima, 22 de junio de 2006

EXPEDIENTE	003-2005-CCO-ST/IX
MATERIA	INTERCONEXIÓN
ADMINISTRADOS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. COMPAÑÍA TELEFÓNICA ANDINA S.A.

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

VISTO:

El Expediente N° 003-2005-CCO-ST/IX.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS:

1. Demandante:

TELEFÓNICA es una empresa privada constituida en el Perú que, de acuerdo con los contratos de concesión suscritos con el Estado Peruano, está autorizada a prestar, entre otros, los servicios públicos de portador local, larga distancia nacional e internacional, así como telefonía fija en su modalidad de abonados y de teléfonos públicos.

2. Demandada:

TELEANDINA es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 088-99-MTC/15.03 del 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.

II. ANTECEDENTES:

- El 12 de enero de 2000 se aprobó el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL, que establece las condiciones para interconectar las redes de los servicios portador de larga distancia nacional e internacional, telefonía fija local y telefonía móvil de TELEFÓNICA, TELEANDINA y Telefónica Servicios Móviles S.A.C. (TSM) – en adelante interconexión fija –larga distancia. En virtud de dicho mandato se proveyeron 48 enlaces de interconexión (E1s), de los cuales fueron habilitados 20 E1s.

- En el mes de febrero del año 2001 TELEFÓNICA procedió a suspender, por primera vez, la interconexión a TELEANDINA, como consecuencia de que ésta no cumplió con pagarle las obligaciones generadas por la interconexión.
- Con fecha 15 de julio de 2002 las partes suscribieron un Contrato de Transacción Extrajudicial, Reconocimiento de Deuda, Restitución de Interconexión, Compromiso de Pago y Constitución de Garantía Hipotecaria y Prendaria, en adelante Transacción Extrajudicial; en cuya virtud se rehabilitaron 10 E1s para la interconexión fija – larga distancia. Adicionalmente, el 15 de julio de 2002 las mismas partes suscribieron un Acuerdo sobre Adecuación de Red, que sustituyó la adecuación de red de uso exclusivo por la adecuación de red de uso compartido.
- Con fecha 15 de agosto de 2002 TELEFÓNICA remitió una comunicación notarial a TELEANDINA, por medio de la cual dio por resuelta la Transacción Extrajudicial, en atención a que TELEANDINA no cumplió con lo pactado en ésta.
- Con fecha 22 de agosto de 2002 TELEANDINA informó a TELEFÓNICA que daba por resuelta la Transacción Extrajudicial, desconociendo así la resolución operada por TELEFÓNICA con fecha 15 de agosto de 2002.
- Ante la resolución de la Transacción Extrajudicial, TELEANDINA inició dos procesos de ejecución de transacción extrajudicial, en contra de TELEFÓNICA, ante el Poder Judicial. Paralelamente, TELEANDINA inició tres procedimientos administrativos ante el OSIPTEL, acumulados en el Expediente N° 012-2002-CCO-OSIPTEL respecto del Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL, los mismos que a la fecha se encuentran suspendidos en su tramitación.
- Con fecha 25 de marzo de 2003, OSIPTEL emitió el Mandato N° 022-2003-CD/OSIPTEL que establece las condiciones aplicables para la interconexión de la red del servicio de telefonía fija local bajo la modalidad de abonados y teléfonos públicos de TELEANDINA con las redes de los servicios de telefonía fija local (bajo la modalidad de abonados y de teléfonos públicos) y portador de larga distancia nacional y de larga distancia internacional de TELEFÓNICA – en adelante, interconexión fija-fija).
- En virtud del Mandato N° 022-2003-CD/OSIPTEL, con fecha 2 de abril de 2003 TELEANDINA solicitó que TELEFÓNICA le habilite 28 E1s para la interconexión fija-fija.
- Con fecha 9 de setiembre de 2003, TELEFÓNICA procedió a suspender, por segunda vez, la interconexión fija-larga distancia a TELEANDINA, al considerar que ésta no cumplió con cancelar los cargos de interconexión que adeudaba a TELEFÓNICA producto de la interconexión fija-larga distancia.
- En virtud del Mandato N° 022-2003-CD/OSIPTEL, con fecha 24 de junio de 2004 TELEANDINA reiteró su solicitud de que TELEFÓNICA le habilite 28 E1s.

- Con fecha 20 de julio de 2004 TELEFÓNICA manifestó a TELEANDINA que si bien era posible habilitar la infraestructura solicitada, dicho pedido no podía ser atendido, ya que la infraestructura que se pretendía utilizar para la interconexión fija-fija se encontraba suspendida por falta de pago.
- Con fecha 23 de julio de 2004 TELEANDINA manifestó a TELEFÓNICA que la infraestructura a ser utilizada para la interconexión fija-fija no se encontraba suspendida bajo ninguna causal establecida en Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado mediante Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL (en adelante TUO de Interconexión).
- Con fecha 22 de setiembre de 2004 TELEFÓNICA puso en conocimiento de TELEANDINA y de OSIPTEL su negativa a habilitar la interconexión hasta que TELEANDINA cumpla con cancelar sus deudas.
- Mediante carta notarial de fecha 7 de octubre de 2004 TELEANDINA solicitó a TELEFÓNICA que cumpla con las concesiones recíprocas pactadas en la Transacción Extrajudicial, para que TELEANDINA pueda efectuar los pagos pendientes a TELEFÓNICA, a fin de habilitar la interconexión fija-fija.
- Con fecha 24 de noviembre de 2004, TELEANDINA solicitó a TELEFÓNICA que permita la interconexión indirecta de sus redes vía el servicio de tránsito conmutado prestado por TELMEX, señalando adicionalmente que garantizaría ante dicha empresa el tráfico terminado en las redes de TELEFÓNICA.
- Con fechas 15 de diciembre de 2004 y 21 de enero de 2005 TELEFÓNICA señaló a TELEANDINA que no habilitaría la interconexión indirecta vía TELMEX hasta que TELEANDINA cumpla con cancelar sus deudas.

III. LA DEMANDA PRESENTADA POR TELEFÓNICA

- Mediante escrito de fecha 11 de enero de 2005 complementado el 27 de enero de 2005, TELEFÓNICA interpuso demanda contra TELEANDINA solicitando que se declare que TELEFÓNICA se encuentra facultada para negarse a habilitar la interconexión directa o indirecta con TELEANDINA en el escenario fijo-fijo, en tanto esta última no cumpla con pagar el íntegro de las deudas que mantiene con TELEFÓNICA.
- Mediante Resolución N° 002-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 1 de febrero de 2005, el Cuerpo Colegiado admitió la demanda interpuesta por TELEFÓNICA, en los siguientes términos:
 - Como pretensión principal, que se declare que TELEFÓNICA se encuentra facultada para negarse a habilitar la interconexión directa o indirecta con TELEANDINA en el escenario fijo-fijo, en tanto esta última no cumpla con pagar el íntegro de las deudas que mantiene con TELEFÓNICA, conforme a lo establecido en los artículos 77° y 77°-A del TUO de Interconexión y en el numeral 4.2.1 del Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL.

- Como pretensión subordinada, que se declare que TELEANDINA incurre en abuso de derecho al solicitar la interconexión indirecta en el escenario fijo-fijo sin pagar previamente las deudas que mantiene con TELEFÓNICA, y al pretender eludir mediante dicho medio la suspensión de la interconexión.
- Como pretensión autónoma, que se declare que TELEANDINA no puede solicitar a TELEFÓNICA la prestación de los servicios suspendidos de la interconexión directa, para efectos de habilitar la interconexión indirecta en cualquier escenario, mientras que la suspensión se mantenga por falta de pago.

Asimismo, en la Resolución N° 002-2005-CCO/OSIPTEL se señaló que de acuerdo a la naturaleza de la pretensión planteada por TELEFÓNICA, correspondía seguir el procedimiento que no involucra la comisión de infracciones, el mismo que se encuentra regulado por los artículos 42° y siguientes del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL, en adelante Reglamento de Controversias.

IV. LA RECONVENCIÓN PRESENTADA POR TELEANDINA

- Mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2005, TELEANDINA contestó la demanda interpuesta por TELEFÓNICA y formuló reconvención. En el referido escrito, TELEANDINA señaló que su pretensión consistía en que se declare que TELEFÓNICA incumplió una condición esencial de la concesión, por lo cual, conforme al marco normativo vigente, debían aplicarse las sanciones correspondientes.
- Mediante Resolución N° 005-2005-CCO/OSIPTEL del 16 de marzo de 2005, el Cuerpo Colegiado se pronunció sobre la reconvención planteada por TELEANDINA en los siguientes términos:
 - Admitió la pretensión planteada por TELEANDINA consistente en que se declare que TELEFÓNICA incumplió con sus obligaciones relativas a la interconexión mediante su negativa a habilitar la interconexión directa fija – fija entre TELEANDINA y TELEFÓNICA regulada en el Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL, señalando que la misma sería tramitada dentro del procedimiento que involucra la comisión de infracciones.
 - Declaró que la pretensión planteada por TELEANDINA sería analizada por el Cuerpo Colegiado sólo en el caso que, como resultado del procedimiento, se declare que la demanda interpuesta por TELEFÓNICA es infundada en el extremo referido a que dicha empresa se encuentra facultada para negarse a habilitar interconexión directa fija-fija.
 - Declaró improcedente la pretensión planteada por TELEANDINA consistente en que declare que TELEFÓNICA ha incumplido con sus obligaciones relativas a la interconexión indirecta vía TELMEX.

V. POSICIONES DE LAS PARTES

5.1 Demanda de TELEFÓNICA

5.1.1 Posición de TELEFÓNICA-Demanda

TELEFÓNICA sustentó su demanda en los siguientes argumentos:

- La interpretación conjunta de los artículos 77° y 77°-A del TUO de Interconexión faculta a TELEFÓNICA a negarse a habilitar la interconexión directa con TELEANDINA, como la interconexión indirecta en tanto dicha empresa no cumpla con pagar las deudas que mantiene con TELEFÓNICA. Una interpretación contraria de los artículos mencionados implicaría que una vez que una empresa tiene suspendida su interconexión directa por falta de pago puede acudir a la interconexión indirecta para eludir la consecuencia prevista en la regulación.
- Debido a que los servicios de interconexión que TELEANDINA pretende le sean habilitados son los mismos que se encuentran suspendidos por la falta de pago de dicha empresa, TELEFÓNICA puede negarse a la habilitación de la interconexión fija-fija en cualquier escenario.
- El último párrafo del numeral 4.2.1. del Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL estableció expresamente, sobre la base del artículo 77° del TUO de Interconexión, que no era posible habilitar la interconexión directa fija-fija en tanto la infraestructura cuya utilización se requiere para tal efecto se encontrara suspendida por falta de pago. El mismo principio se aplica en relación con todos y cada uno de los servicios provistos por TELEFÓNICA en relación con la interconexión.
- La relación de interconexión entre dos operadores es una sola, al margen de la existencia de distintos escenarios o servicios que los operadores se presten, en tal sentido, la suspensión por falta de pago de la interconexión fija – larga distancia, impide que TELEANDINA se beneficie de un nuevo servicio de interconexión, sea éste prestado por TELEFÓNICA, o indirectamente a través de un tercer operador.
- En todo caso, TELEANDINA estaría abusando de su derecho a solicitar la interconexión indirecta, ya que tal solicitud tendría como objetivo eludir el pago de las deudas que motivaron la suspensión de la interconexión. De ampararse la solicitud de TELEANDINA, ésta no tendría incentivo alguno para pagar sus deudas.

5.1.2 Posición de TELEANDINA –Contestación de la demanda

En sus descargos TELEANDINA señaló lo siguiente:

- De acuerdo con lo señalado por el OSIPTEL en el Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL, no existirían prohibiciones o limitaciones legales o técnicas que impidan la interconexión solicitada por TELEANDINA; sin embargo, TELEFÓNICA intentó negar la interconexión argumentando la existencia de deuda y consecuente daño patrimonial.
- TELEFÓNICA pretende extender el estado económico de una relación de interconexión a otra relación distinta, a pesar de que cada relación de interconexión está regulada por distintos mandatos o contratos de interconexión, y obedecen a contratos de concesión específicos. En tal

sentido, afectar una relación por causa de otra implicaría la afectación de los contratos de concesión correspondientes.

- El pedido de TELEFÓNICA consistente en que mientras la interconexión fija – larga distancia permanezca suspendida, no se utilice dicha infraestructura para la interconexión fija – fija, no es aplicable al escenario de la interconexión indirecta, por cuanto en éste se emplean los recursos de interconexión del proveedor del servicio, que en este caso sería TELMEX. Dicha petición no tendría sustento conforme a lo establecido en el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG-OSIPTEL, que regula la interconexión entre ésta y TELEFÓNICA.
- TELEANDINA se encuentra dispuesta a constituir las garantías adecuadas y suficientes para garantizar el pago del tráfico en el marco de la relación de interconexión fija – fija.
- TELEANDINA no habría incurrido en abuso de derecho alguno, ya que: (i) el derecho de TELEANDINA a interconectarse se encuentra amparado en el TUO de las Normas de Interconexión, (ii) el ejercicio de tal derecho no causaría un perjuicio económico a TELEFÓNICA, y (iii) el interés afectado de TELEFÓNICA se encuentra protegido en los procesos judiciales seguidos por TELEFÓNICA en contra de TELEANDINA.

5.2 Reconvencción de TELEANDINA

5.2.1 Posición de TELEANDINA – Reconvencción

- De acuerdo con los Contratos de Concesión aprobados por Decreto Supremo N° 11-94-TCC, TELEFÓNICA se encuentra obligada a prestar facilidades para la interconexión de los operadores entrantes, siendo ésta una condición esencial de la Concesión.
- TELEFÓNICA ha incumplido con la obligación de interconectar, violando lo señalado en el Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL, lo que de acuerdo al Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL es considerado una infracción muy grave.

5.2.2 Posición de TELEFÓNICA –Contestación de la Reconvencción

En su contestación a la reconvencción formulada por TELEANDINA, TELEFÓNICA indicó que era sobre la base de las propias normas de interconexión, así como de lo establecido en el Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL, que se había negado a habilitar la interconexión directa fija-fija a TELEANDINA.

VI. **ETAPAS CONCILIATORIA, PROBATORIA Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

- Mediante Resolución N° 013-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 26 de mayo de 2005, el Cuerpo Colegiado dio por concluida la etapa conciliatoria, en vista de que las partes no arribaron a ningún acuerdo conciliatorio, y dio inicio a la etapa probatoria, para lo cual se procedió a fijar los puntos controvertidos.

- Con fecha 17 de junio de 2005 se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas, con la presencia de ambas partes, en la cual éstas plantearon sus observaciones respecto de los puntos controvertidos propuestos mediante Resolución N° 013-2005-CCO/OSIPTEL.
- En atención a lo solicitado por las partes, mediante Resolución N° 017-2005-CCO/OSIPTEL, de fecha 4 de agosto de 2005, este Cuerpo Colegiado modificó en parte los puntos controvertidos.

VII. ALEGATOS

- Mediante Resolución N° 020-2005-CCO/OSIPTEL, de fecha 17 de octubre de 2005, este Cuerpo Colegiado dio por concluida la etapa probatoria, y otorgó a las partes un plazo para presentar sus alegatos finales.
- Mediante escritos de fecha 31 de octubre de 2005, ambas partes formularon sus alegatos finales
- El 22 de noviembre de 2005 se realizó el informe oral ordenado por el Cuerpo Colegiado mediante la Resolución N° 013-2005-CCO/OSIPTEL del 10 de noviembre de 2005. En dicha diligencia se escuchó los argumentos de ambas partes.

VIII. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA: Tacha interpuesta por TELEFÓNICA

Mediante escrito de fecha 7 de diciembre de 2005, TELEANDINA presentó los siguientes nuevos medios probatorios:

- Para acreditar que cumplió con cancelar los montos correspondientes a la utilización de infraestructura (adecuación de red y enlaces de interconexión) de la interconexión fija-larga distancia regulada por el Mandato de Interconexión N° 002-2000-GG/OSIPTEL, adjuntó copia de:
 - 5 facturas canceladas por concepto de infraestructura de red y enlace de fibra óptica pagadas por TELEANDINA a TELEFÓNICA, que totalizan US\$ 381 806,86 correspondientes a los años 1999 y 2000.
 - Una carta de crédito por la suma de US\$ 317 128,00 a favor de TELEFÓNICA.
- Para acreditar la mala fe procesal de TELEFÓNICA, adjuntó: copia de la Resolución N° 05 de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Mediante escrito de fecha 4 de enero de 2006, TELEFÓNICA formuló tacha contra los medios probatorios ofrecidos por TELEANDINA al considerar que:

- Los medios probatorios resultan inoportunos al haber sido presentados fuera de la etapa probatoria conforme a lo establecido en el artículo 59° del Reglamento de Controversias.
- Las facturas presentadas por TELEANDINA son impertinentes para probar los hechos materia de la controversias, puesto que se refieren a pagos por adecuación de red en la modalidad de uso exclusivo que fue dejada sin efecto por las partes mediante Acuerdo de Adecuación de Red. Al respecto, TELEFÓNICA refirió que lo que debía demostrar TELEANDINA era que realizó los pagos por adecuación de red por uso compartido.

- Asimismo, TELEFÓNICA señaló que los montos de las facturas aparecen borrosos y no pueden distinguirse.
- Finalmente, TELEFÓNICA indicó que no podía confirmar la autenticidad de uno de los documentos puesto que éste no cuenta con el sello de TELEFÓNICA, ni aparece evidencia de que haya sido remitido a dicha empresa.

Por escrito del 27 de enero de 2006, TELEANDINA indicó que la tacha había sido formulada de manera extemporánea a los 3 días establecidos en el artículo 60° del Reglamento de Solución de Controversias, puesto que la resolución mediante la cual se puso en conocimiento de TELEFÓNICA la presentación de los medios probatorios en cuestión fue notificada a dicha empresa el 20 de diciembre de 2005 y TELEFÓNICA interpuso la referida tacha el 4 de enero de 2006.

Al respecto, debe advertirse que por Decreto Supremo N° 093-2005-PCM, fueron dispuestas vacaciones para el Sector Público entre el 19 de diciembre de 2005 y el 2 de enero de 2006. En tal sentido, TELEFÓNICA presentó su escrito de tacha al tercer día hábil de reiniciadas las labores de OSIPTEL, luego de transcurridas las vacaciones administrativas. Por tanto, la tacha fue presentada por TELEFÓNICA dentro del plazo establecido en el Reglamento de Controversias.

Ahora bien, de acuerdo a lo previsto en los artículos 242⁰¹ y 243⁰² del Código Procesal Civil un documento no tendrá eficacia probatoria si se declara fundada una tacha, debido a que se ha demostrado la falsedad o nulidad del documento.

En este sentido, para declarar fundada una tacha debe acreditarse que el documento tachado es falso o se encuentra incurso en una causal de nulidad. Ello implica que constituye un requisito de procedencia de las tachas que las mismas se fundamenten en la nulidad o en la falsedad de los documentos presentados por la otra parte.

En este caso, al presentar la tacha TELEFÓNICA no ha alegado ni la nulidad ni la falsedad de los documentos presentados por TELEANDINA, sino que ha cuestionado la oportunidad y pertinencia de la presentación de dichos documentos así como el valor probatorio de los mismos.

Por tanto, el Cuerpo Colegiado considera que la tacha presentada debe ser declarada improcedente.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, teniendo en cuenta las afirmaciones vertidas por TELEFÓNICA respecto de la oportunidad y pertinencia de los medios probatorios, corresponde evaluar la procedencia de los mismos conforme a lo señalado por el artículo 163° de la Ley del Procedimiento Administrativo General³ y al Reglamento de Solución de Controversias.

¹ CODIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 242. Ineficacia por falsedad de documento.- Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria. Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, éste carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil.

² CODIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 243. "Ineficacia por nulidad de documento.- Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada".

³ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 163°.- ACTUACIÓN PROBATORIA, Artículo 163.1 (...) Sólo podrá rechazar motivadamente los medios probatorios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

En primer lugar, respecto a la presentación extemporánea de medios probatorios, debe tomarse en consideración el principio de verdad material consagrado en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444⁴, así como lo dispuesto en el artículo 172° de la mencionada ley⁵ y el artículo 194° del Código Procesal Civil⁶, según los cuales la autoridad administrativa se encuentra facultada para ordenar la actuación de medios probatorios adicionales cuando lo considere conveniente, independientemente del momento en que esto suceda.

En segundo lugar, debe indicarse que para que los medios probatorios resulten procedentes es necesario que sean pertinentes, es decir, que guarden relación con el fondo del asunto discutido en el procedimiento.

Resolución N° 05 de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

En relación con la presentación de la copia de Resolución N° 05 de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima para acreditar la mala fe procesal de TELEFÓNICA en el procedimiento, debe señalarse que dicha resolución no se refiere a la conducta procesal de TELEFÓNICA en la controversia, sino en un proceso judicial en el cual se discute la ejecución del extremo de la Transacción Judicial referido a la restitución del servicio de terminación hacia la red móvil de TSM de acuerdo a la establecido en la cláusula tercera de dicha Transacción Judicial⁷.

En consecuencia, dicho medio probatorio no resulta pertinente para decidir sobre los asuntos planteados en la presente controversia, por lo cual resulta improcedente conforme a lo señalado en el artículo 163.1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

⁴ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1.El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

⁵ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 172°.- Petición de Informes

172.1 Las entidades sólo solicitan informes que sean preceptivos en la legislación o aquellos que juzguen absolutamente indispensables para el esclarecimiento de la cuestión a resolver. La solicitud debe indicar con precisión y claridad las cuestiones sobre las que estime necesario su pronunciamiento.

172.2 La solicitud de informes o dictámenes legales es reservada exclusivamente para asuntos en que el fundamento jurídico de la pretensión sea razonablemente discutible, o los hechos sean controvertidos jurídicamente, y que tal situación no pueda ser dilucidada por el propio instructor.

172.3 El informante, dentro de los dos días de recibida, podrá devolver sin informe todo expediente en el que el pedido incumpla los párrafos anteriores, o cuando se aprecie que sólo se requiere confirmación de otros informes o decisiones ya adoptadas

⁶ CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 194.- Pruebas de oficio.-

Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

Excepcionalmente, el Juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.

⁷ En los Considerandos de dicha resolución, el Juez ha señalado que: "(...) Octavo: Que, Telefónica invoca el hecho de que ha obrado de buena fe, hecho que no resulta ser cierto, si se tiene en cuenta, que en forma unilateral resuelve una transacción invocando incumplimiento de la parte actora, cuando el cumplimiento de los acuerdos debe hacerse valer en vía de acción en juicio separado (...)"

Las facturas y la carta de crédito

Mediante Oficio N° 045-ST/2006 notificado a TELEANDINA con fecha 23 de enero de 2006, la Secretaría Técnica requirió a dicha empresa que presente información relacionada a la existencia de una deuda por adecuación de red. En respuesta a dicho requerimiento, mediante escrito de fecha 26 de enero de 2006 TELEANDINA presentó, sustancialmente, la misma información entregada en su escrito de fecha 7 de diciembre de 2005.



En consecuencia, en la medida en que las facturas y la carta de crédito resultan información vinculada al requerimiento de información efectuado por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 045-ST/2006, su presentación resulta procedente. La valoración probatoria que este Cuerpo Colegiado realizará sobre dichos documentos en este pronunciamiento se efectuará en el acápite Análisis de la presente resolución.

Por lo expuesto, el Cuerpo Colegiado considera que la tacha presentada debe ser declarada improcedente. Sin perjuicio de ello, debe indicarse que: (i) resulta improcedente la presentación de la Resolución N° 05 de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima al no resultar pertinente para probar los asuntos discutidos en el presente procedimiento; y, (ii) procedentes los medios probatorios consistentes en las facturas y la carta de crédito presentados por TELEANDINA mediante escritos de fechas 7 de diciembre de 2005 y 26 de enero de 2006.

IX. ANÁLISIS

9.1 Puntos controvertidos materia de análisis

Mediante Resoluciones números 013-2005-CCO/OSIPTEL y 017-2005-CCO/OSIPTEL de 2005, este Cuerpo Colegiado modificó en parte los puntos controvertidos, fijándolos de la siguiente manera:

- 
- i. Determinar si TELEFÓNICA se encuentra facultada para negarse a habilitar la interconexión directa o indirecta a TELEANDINA en el escenario fijo-fijo, en tanto esta última no cumpla con pagar el íntegro de las deudas que mantiene con TELEFÓNICA derivadas de las relaciones de interconexión existentes entre estas empresas; conforme a lo establecido en los artículos 77° y 77°-A del TUO de las Normas de Interconexión y en el numeral 4.2.1 del Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL.
 - ii. Determinar si en tanto TELEANDINA tenga suspendida la prestación de servicios provistos en relación con la interconexión directa (fija-fija o larga distancia –fija) con TELEFÓNICA por falta de pago, dicha empresa no puede solicitar la prestación de los mismos servicios en relación con la interconexión indirecta en cualquier escenario, conforme a lo establecido en el artículo 77° del TUO de las Normas de Interconexión.
- 

Asimismo, sólo en el supuesto que el Cuerpo Colegiado determine que lo establecido en los artículos 77° y 77°-A del TUO de las Normas de Interconexión y en el numeral 4.2.1 del Mandato de Interconexión

N° 022-2003-CD/OSIPTEL, no faculta a TELEFÓNICA para negarse a habilitar la interconexión directa o indirecta con TELEANDINA en el escenario fijo-fijo, aún cuando esta última no haya cumplido con pagar las deudas que mantiene con TELEFÓNICA, el Cuerpo Colegiado analizará lo siguiente:

- iii. Si TELEANDINA incurre en abuso de derecho al solicitar la interconexión indirecta en el escenario fijo-fijo sin pagar previamente las deudas que mantiene con TELEFÓNICA correspondientes a la relación de interconexión fija - larga distancia, y al pretender eludir mediante dicho medio la suspensión de la interconexión.

Sólo en el caso que se declare infundada la demanda interpuesta por TELEFÓNICA, en el extremo referido a que dicha empresa se encuentra facultada para negarse a habilitar la interconexión directa fija-fija:

- iv. Determinar si TELEFÓNICA se ha negado ilegalmente a habilitar la interconexión directa fija-fija con TELEANDINA, regulada en el Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL; conducta tipificada como infracción en el artículo 4° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

9.2 La demanda de TELEFÓNICA

9.2.1 La interconexión directa

Teniendo en cuenta la primera pretensión formulada por TELEFÓNICA en su demanda, corresponde examinar si TELEFÓNICA se encuentra facultada para negarse a habilitar la interconexión directa con TELEANDINA en el escenario fijo-fijo en tanto esta última no cumpla con pagar las deudas que mantiene con TELEFÓNICA.

Los artículos 77° y 77°-A del TUO de Interconexión

TELEFÓNICA ha señalado que conforme a lo establecido en los artículos 77° y 77°-A del TUO de Interconexión⁸, TELEANDINA no puede beneficiarse de los servicios de

⁸ TUO de las Normas de Interconexión.

Artículo 77°.-La suspensión de la interconexión sustentada en la falta de pago deberá sujetarse a los siguientes criterios:

- II. El incumplimiento de alguno de los operadores del pago por concepto de un determinado servicio no da lugar a la suspensión de otro servicio que brinde el operador al acreedor. Se entiende que los servicios que las partes se brindan son los que han sido expresamente pactados o establecidos en el contrato de interconexión o en el mandato de interconexión respectivo.
- III. El incumplimiento por alguna de las partes del pago de los cargos de interconexión relacionados con un punto de interconexión, faculta al operador acreedor a la suspensión de la interconexión en el punto de interconexión respecto del cual se ha producido el incumplimiento, así como en aquellos otros puntos de interconexión que se encuentren habilitados y no se encuentren suficientemente garantizados a criterio del operador acreedor.

Artículo 77-A.-Dentro de una relación de interconexión, la empresa operadora se encuentra facultada a negar a la empresa operadora acreedora se encuentra facultada a negar a la empresa operadora que mantiene deuda exigible y no pagada lo siguiente:

- (i) La habilitación de nuevos enlaces de interconexión en los puntos de interconexión ya habilitados.
- (ii) La habilitación de nuevos puntos de interconexión previstos o no en el Contrato de Interconexión o en el Mandato de interconexión.

La empresa acreedora pierde esta facultad cuando la empresa operadora deudora, una vez cumplidos los requisitos para la habilitación de nuevos enlaces de interconexión o de nuevos puntos de interconexión cumple con el pago de las sumas adeudadas o proporciona garantías suficientes para el pago de dichas sumas"

interconexión si tales servicios han sido suspendidos por falta de pago, independientemente del escenario de interconexión en que tales deudas se hubieran generado. Asimismo, ha señalado que la interpretación conjunta de los artículos 77° y 77°-A del TUO de Interconexión faculta a TELEFÓNICA a negarse a habilitar tanto la interconexión directa con TELEANDINA, como la interconexión indirecta.

Por ello, TELEFÓNICA concluye que debido a que los servicios de interconexión que TELEANDINA pretende le sean habilitados son los mismos que se encuentran suspendidos por la falta de pago de dicha empresa, TELEFÓNICA puede negarse a la habilitación de la interconexión fija-fija en cualquier escenario.

Como puede observarse de su redacción, dichas normas están referidas a la habilitación de nuevos puntos de interconexión en una misma relación de interconexión, y no al supuesto que se presenta en este caso en el que se estaría condicionando la efectiva ejecución de una relación de interconexión (fija-fija) al pago de deudas derivadas de otra relación de interconexión (fija-larga distancia).

De acuerdo con ello, las mencionadas normas, al no referirse al supuesto de hecho planteado en el presente caso, no resultan argumentos válidos para sostener que TELEFÓNICA se encuentra facultada para negarse a habilitar la interconexión directa con TELEANDINA en el escenario fijo-fijo en tanto esta última no cumpla con pagar las deudas que mantiene con TELEFÓNICA derivadas de cualquier relación de interconexión.

Cabe señalar que en su demanda TELEFÓNICA indica que no existe norma alguna en el marco regulatorio que obligue a un operador a continuar proveyendo servicios de interconexión a empresas que, como TELEANDINA, no se encuentran dispuestas a pagar por ellos; por lo que TELEFÓNICA se encuentra plenamente habilitada para negarse a rehabilitar los servicios suspendidos, cualquiera que fuese el escenario de interconexión. Alega TELEFÓNICA que ello debe entenderse así porque no puede hablarse de distintas relaciones de interconexión entre las mismas empresas, puesto que la relación de interconexión es un concepto integral que comprende la totalidad de los escenarios a través de los cuales resultan directa o indirectamente vinculadas las empresas, las redes y los servicios de los operadores.

Sobre el particular, este Cuerpo Colegiado considera que la interpretación que TELEFÓNICA hace de los artículos 77° y 77-A° del TUO de las Normas de Interconexión, no encuentra sustento en la referida norma, y por el contrario, se aleja de la adecuada interpretación que se debe dar a las normas de interconexión conforme a las cuales la interconexión es obligatoria y constituye condición esencial de la concesión, por lo que no puede ser negada a otros operadores, siempre que éstos se cumplan las condiciones establecidas en la legislación pertinente.

En efecto, el numeral I. del artículo 77° del TUO de las Normas de Interconexión, el mismo que no ha sido modificado desde la fecha de su promulgación, establece como regla general que *"el incumplimiento de alguno de los operadores del pago por concepto de un determinado servicio no da lugar a la suspensión de otro servicio que brinde el operador acreedor"*.

Luego, el mismo artículo señala que se entiende que los servicios a los que el primer párrafo hace referencia son los que han sido establecidos en *"los contratos o mandatos de interconexión correspondientes"*.

Siendo ello así, en el presente caso existen dos servicios distintos que las partes deben brindarse, a saber: (i) el servicio de interconexión de la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de TELEANDINA con las redes de telefonía fija local y de larga distancia nacional de TELEFÓNICA, establecido por el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL; y, (ii) el servicio de interconexión de la red del servicio de telefonía fija local de TELEANDINA con las redes de telefonía fija local y de larga distancia nacional de TELEFÓNICA, establecido por el Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL.

La supuesta naturaleza unitaria de la interconexión argumentada por TELEFÓNICA estaría desconociendo la regla general establecida expresamente en el numeral I. del artículo 77° del TUO de las Normas de Interconexión, ya que el referido artículo reconoce la naturaleza independiente de los servicios brindados por las partes en virtud de distintos contratos o mandatos de interconexión.

En este contexto, se puede apreciar que cada relación de interconexión es independiente de otras que puedan ser objeto de contratos o mandatos distintos. En tal sentido, de acuerdo con lo señalado anteriormente, el argumento vertido por TELEFÓNICA, relacionado con la supuesta naturaleza unitaria del vínculo de interconexión entre los operadores, debe ser descartado.

Por otro lado, en lo referido a la suspensión de la interconexión entre las redes de Nortek Communications S.A.C. (en adelante NORTEK) y TELEFÓNICA, mencionada por esta última, con la finalidad de sustentar su posición, este Cuerpo Colegiado considera conveniente indicar lo siguiente:

De acuerdo con lo señalado por TELEFÓNICA, en el mencionado caso, mediante la Resolución de Gerencia General N° 424-2003-GG/OSIPTEL *"la Gerencia General [de OSIPTEL] sostuvo que el acceso de teléfonos públicos había sido provisto por TELEFÓNICA en todo el territorio nacional, y por tanto, no se encontraba vinculado a un punto de interconexión específico, por lo que la falta de pago de las deudas generadas por NORTEK podía originar que dicho acceso fuera bloqueado, sin perjuicio de la obligación de TELEFÓNICA de permitir la originación y terminación de llamadas desde teléfonos de abonados en el punto de interconexión de Arequipa"*

Efectivamente, en la Resolución de Gerencia General N° 424-2003-GG/OSIPTEL de fecha 29 de octubre de 2003, la Gerencia General de OSIPTEL, luego de haber ordenado a TELEFÓNICA la reposición de la interconexión a NORTEK, mediante Carta N° C.765-GG-GFS/2003⁹, revocó el referido acto administrativo, permitiendo que TELEFÓNICA suspenda la interconexión a NORTEK.

Las razones que motivaron la referida resolución fueron las siguientes:

- El ámbito de la interconexión establecido en el Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTEL es a nivel nacional.
- La suspensión del servicio de acceso a teléfonos públicos en Arequipa se sustenta en un acuerdo suscrito por ambas partes, que ha sido celebrado sobre la base de la interconexión establecida en el Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTEL.

⁹ De fecha 19 de setiembre de 2003.

- La suspensión de un servicio es una consecuencia lícita, razonable e idónea, para el caso en que el obligado a pagar por el uso del servicio, no cumpla con dicho pago dentro de los plazos aplicables.

La decisión de la Gerencia General supone una interpretación en total observancia de lo establecido en el ya mencionado numeral I. del artículo 77° del TUO de las Normas de Interconexión, puesto que la referida Gerencia consideró que los servicios de interconexión que TELEFÓNICA brindaba a NORTEK en Lima y en Arequipa fueron regulados por un mismo mandato de interconexión, el Mandato de Interconexión N° 02-99-GG/OSIPTEL, considerándose que ambos servicios no eran independientes, sino parte de un mismo servicio.

Como se puede apreciar, la interpretación que en su momento hiciera la Gerencia General en el caso antes comentado, no es de aplicación en el presente supuesto, dado que, como ya se determinó previamente, los servicios materia de la presente controversia tienen su origen en mandatos de interconexión distintos, razón por la cual se les debe considerar como servicios independientes.

Por tanto, las modificaciones al TUO de las Normas de Interconexión, introducidas por las Resoluciones N° 113-2003-CD/OSIPTEL y 031-2004-CD/OSIPTEL al artículo 77° del TUO de Interconexión (artículos 77° y 77°-A), no son de aplicación a este caso, ya que las mismas facultan al operador acreedor a suspender la interconexión en cualquier punto de interconexión, y a negarse a habilitar nuevos enlaces y puntos de interconexión, siempre y cuando la empresa deudora mantenga una deuda exigible y no pagada, únicamente dentro de una misma relación de interconexión establecida en el mandato o contrato respectivo.

De otro lado, TELEFÓNICA ha mencionado que la existencia de figuras como la conciliación de tráficos y la consolidación de deudas por interconexión, corroboraría que la normativa sobre interconexión ha adoptado dicho concepto integral de relación de interconexión.

Al respecto, debe indicarse que la conciliación y la compensación constituyen prácticas establecidas en las normas de interconexión para la determinación y liquidación de deudas por interconexión, sin embargo ellas no implican de forma alguna el reconocimiento por parte de las normas de interconexión de la existencia de un concepto integral y unitario de la relación de interconexión.

Finalmente, TELEFÓNICA ha señalado que de no admitirse que conforme a las normas de interconexión una empresa no puede beneficiarse de los servicios de interconexión si tales servicios han sido suspendidos por falta de pago, independientemente del escenario de interconexión en que tales deudas se hubieran generado; dicha empresa no tendría incentivo alguno para pagar sus deudas, con el consiguiente perjuicio para las empresas acreedoras.

Sobre el particular debe indicarse que la interpretación de las normas de interconexión efectuada por el Cuerpo Colegiado en la presente resolución se ciñe al marco y principios que rigen la interconexión. Adicionalmente, debe indicarse que el cobro de las deudas por interconexión no es materia del presente procedimiento y, en este sentido, debe señalarse que TELEFÓNICA tiene expeditas las vías judiciales para hacerse cobro de sus acreencias.

En este orden de ideas, este Cuerpo Colegiado considera que los artículos los artículos 77° y 77°-A del TUO de las Normas de Interconexión, no facultan a TELEFÓNICA a

negarse a habilitar la interconexión directa a TELEANDINA en el escenario fijo-fijo, en tanto ésta última no cumpla con pagar el íntegro de las deudas que mantiene con TELEFÓNICA derivadas de cualesquiera de las relaciones de interconexión existentes entre estas empresas establecidas en cada uno de los mandatos establecidos entre ellas.

El Mandato de Interconexión fija-fija

(i) La existencia de condiciones para la ejecución de la relación de interconexión fija-fija

TELEFÓNICA ha indicado que se encuentra facultada para negarse a habilitar la interconexión directa a TELEANDINA en el escenario fijo-fijo sobre la base de lo afirmado por OSIPTEL en el proceso de emisión del Mandato de Interconexión de Redes del Servicio de Telefonía Fija Local y Portador de Larga Distancia de Compañía Telefónica Andina S.A. y de Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, el Mandato de Interconexión fija-fija), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 022-2003-CD/OSIPTEL.

Al respecto, TELEFÓNICA sostiene que el último párrafo del numeral 4.2.1. del Mandato de Interconexión fija-fija estableció expresamente que no era posible habilitar la interconexión directa fija-fija, en tanto y en cuanto la infraestructura cuya utilización se requería para tal efecto se encontrara suspendida por falta de pago.

Por su parte, TELEANDINA ha precisado que la deuda que dicha empresa mantiene con TELEFÓNICA se origina en una relación de interconexión distinta a la relación de interconexión fija-fija, por lo que la existencia de dicho pasivo no podría constituir una causal para la no habilitación de la referida interconexión fija-fija.

En el proceso de emisión del Mandato de Interconexión fija-fija, TELEFÓNICA invocó la aplicación de lo dispuesto por la sección 10.01 de sus Contratos de Concesión¹⁰. Dicha empresa señaló que como consecuencia del daño patrimonial que TELEANDINA venía causando a TELEFÓNICA por las deudas que mantenía pendientes por el servicio de interconexión, esta empresa estaría relevada de negociar el Contrato de Interconexión solicitado.

No obstante, OSIPTEL descartó los argumentos planteados por TELEFÓNICA señalando que el supuesto de exención de la obligación de interconexión, esto es, el daño a la propiedad al que hacía referencia la sección 10.01 del Contrato de Concesión de dicha empresa, es aquél que pudiese ser generado como consecuencia directa, única y exclusivamente de la interconexión solicitada¹¹.

Conforme a ello, los argumentos de TELEFÓNICA respecto de la imposibilidad de establecer una relación de interconexión con TELEANDINA por la existencia de deudas derivadas de su relación de interconexión fija- larga distancia fueron descartados por OSIPTEL, lo que dio lugar a la emisión del Mandato ordenando la interconexión entre las redes fijas de ambas empresas.

¹⁰ Sección 10.01 Obligación de la empresa concesionaria de interconectarse con prestadores de servicios portadores y servicios finales.

(a) Obligación de Interconexión. "(...) LA EMPRESA CONCESIONARIA quedará relevada de su obligación de negociar o celebrar un Contrato de interconexión con el prestador que lo solicite en caso que: (...) (iv) tal interconexión ponga en peligro la vida, seguridad, **lesione o dañe la propiedad de la EMPRESA CONCESIONARIA** o afecte la calidad de los SERVICIOS PUBLICOS DE TELECOMUNICACIONES que presta la EMPRESA CONCESIONARIA". (Resaltado agregado).

¹¹ Al respecto, OSIPTEL indicó que la referida causal de exención no podía ser invocada por TELEFÓNICA sustentando el supuesto daño en la existencia de una deuda generada como consecuencia de una relación de interconexión ya existente y diferente a la solicitada

Sin embargo, a pesar de que en el Mandato OSIPTEL señaló que la existencia de deudas derivadas de una relación de interconexión distinta a aquella que se generaba como consecuencia del Mandato de Interconexión fija-fija no podía constituir una exención para el establecimiento de la relación, el Mandato sí condicionó la ejecución efectiva de la interconexión a la no existencia de deudas derivadas de otra relación de interconexión, como se analizará a continuación.

En efecto, el Mandato estableció una disposición que condicionaba la ejecución efectiva de la relación de interconexión derivada del Mandato, en caso de requerirse utilizar la infraestructura de otra relación de interconexión, a que dicha infraestructura no se encontrase suspendida por alguna de las causales previstas en el ordenamiento, entre ellas la suspensión por falta de pago.

De acuerdo con ello, la interpretación de TELEANDINA en el sentido que OSIPTEL, en el proceso de emisión del Mandato de Interconexión fija-fija no habría condicionado de modo alguno la ejecución efectiva de dicha relación de interconexión, debe descartarse, pues como se ha concluido previamente, resulta contraria a lo establecido expresamente en el texto del Mandato. En efecto, los argumentos de OSIPTEL sólo descartaron que la existencia de deudas derivadas de una relación de interconexión pudiesen constituir un impedimento para el establecimiento de otra relación de interconexión, pero no para su ejecución, tal como podrá observarse más adelante.

Conforme a lo señalado previamente, el análisis de este Cuerpo Colegiado se centrará en las disposiciones del Mandato de Interconexión Fija-Fija.

En particular, se evaluarán aquellas disposiciones referidas a la ejecución efectiva del mismo, considerando las alegaciones formuladas por TELEFÓNICA respecto de la existencia de una deuda de TELEANDINA que impediría la habilitación de la interconexión. No obstante ello, cabe señalar que dicho análisis, al estar centrado en un pronunciamiento de carácter particular, no constituye una interpretación general aplicable a relaciones de interconexión distintas a la existente entre TELEFÓNICA y TELEANDINA.

(ii) Las condiciones para la ejecución de la relación de interconexión fija-fija conforme al numeral 4.2.1 del Mandato de Interconexión fija-fija

El numeral 4.2.1. del Mandato de Interconexión fija-fija señala lo siguiente:

"En todos los casos en que la interconexión solicitada requiera la utilización de infraestructura (adecuación de red y enlaces de interconexión) de otra relación de interconexión ya existente, la ejecución efectiva de dicha interconexión solicitada, estará condicionada a que la referida infraestructura se encuentre plenamente habilitada. Por tanto, en caso de que la provisión de tal infraestructura se encuentre suspendida por alguna causal prevista en la norma aplicable – como es el caso de la suspensión por falta de pago- ello determinará que la ejecución efectiva de la interconexión solicitada quede igualmente suspendida, hasta que la referida suspensión sea levantada conforme a las condiciones aplicables¹²". (El resaltado es nuestro).

Como puede advertirse, el Mandato estableció expresamente que en el supuesto que la interconexión requiriese la utilización de infraestructura, definida como adecuación de red y enlaces de interconexión, cuya provisión se encontrase suspendida por falta de pago o por cualquier otra causal, ello determinaría que la interconexión se

¹² Numeral 4.2.1 del Mandato de Interconexión de redes del servicio de telefonía fija local y portador de larga distancia de la Compañía Telefónica Andina S.A. y de Telefónica del Perú S.A.A (Mandato de interconexión Fija-Fija).

mantuviese igualmente suspendida hasta que se levantase la suspensión de la provisión de la infraestructura.

Conforme a ello, de verificarse que se cumplen los requisitos para la aplicación de la referida condición, podría configurarse una causal que permitiese a TELEFÓNICA negarse legítimamente a habilitar la interconexión fija- fija con TELEANDINA.

En este orden de ideas, a efectos de evaluar el cumplimiento o incumplimiento de TELEFÓNICA de las disposiciones del Mandato de Interconexión fija-fija, corresponde analizar si se verifican los requisitos exigidos para la aplicación de la regla prevista en el referido Mandato.

A fin de comprobar si se verifican las condiciones para la aplicación de la condición prevista en el Mandato de Interconexión fija-fija a la que se ha hecho referencia previamente, mediante oficios 134 y 135-2005/ST de fecha 18 de abril de 2005, la Secretaría Técnica requirió, tanto a TELEFÓNICA como a TELEANDINA, información respecto a la existencia de deudas derivadas de la interconexión fija-larga distancia que impedirían la habilitación efectiva de la interconexión fija-fija.

En este sentido, mediante los referidos requerimientos, se consultó a las partes acerca de la existencia de algún problema de carácter técnico que pudiese impedir la implementación efectiva de la interconexión.

Al respecto, TELEANDINA señaló que no existía impedimento de carácter técnico para implementar la interconexión directa fija-fija entre TELEANDINA y TELEFÓNICA. Por su parte, TELEFÓNICA confirmó dicha afirmación, señalando que a la fecha había cumplido con satisfacer todos los requerimientos de carácter técnico solicitados por TELEANDINA.

De acuerdo con ello, considerando que no existen impedimentos de carácter técnico, puede advertirse que las discrepancias entre las partes se centran en la interpretación de la condición establecida por el numeral 4.2.1 en el Mandato de Interconexión, a la que se ha hecho referencia previamente.

En efecto, de acuerdo con la interpretación planteada por TELEFÓNICA en la controversia, no podría habilitarse la interconexión en tanto se verificase en los hechos los requisitos previstos en el Mandato de Interconexión Fija-Fija para que dicha interconexión se encuentre suspendida mientras TELEANDINA no cumpla con pagar las deudas que mantiene con TELEFÓNICA. Por su parte, TELEANDINA señaló que dicha regla no resultaría aplicable, por lo que debería procederse de inmediato a la habilitación de la interconexión.

A continuación se evaluará, a partir de la información aportada por las partes y del análisis de las disposiciones del Mandato de Interconexión Fija-Fija, si se verifican los dos requisitos para la aplicación de la condición establecida en el referido Mandato, esto es:

- a) Si la interconexión fija-fija regulada por el Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL requiere la utilización de infraestructura (adecuación de red y enlaces de interconexión) de la interconexión fija-larga distancia regulada por el Mandato de Interconexión N° 002-2000-GG/OSIPTEL.

- b) Si TELEANDINA adeuda a TELEFÓNICA montos por el servicio de adecuación de red y por enlaces de interconexión derivados de la interconexión fija-larga distancia regulada por el Mandato de interconexión N° 002-2000-GG/OSIPTEL y la provisión de dicha infraestructura se encuentra suspendida por falta de pago.

Al respecto debe indicarse lo siguiente:

- a. Si la interconexión fija-fija regulada por el Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL requiere la utilización de infraestructura (adecuación de red y enlaces de interconexión) de la interconexión fija-larga distancia regulada por el Mandato de Interconexión N° 002-2000-GG/OSIPTEL.

Sobre el particular, TELEFÓNICA ha señalado que la única infraestructura existente entre TELEFÓNICA y TELEANDINA proviene de la relación de interconexión fija-larga distancia, que es la que se encuentra suspendida por falta de pago. En tal sentido, ha señalado que no existe una nueva implementación de enlaces de interconexión para la interconexión fija-fija¹³.

Conforme a ello, y de acuerdo con lo señalado por TELEFÓNICA, la infraestructura requerida para la habilitación de la interconexión fija-fija sería la misma que se utilizó para la interconexión fija-larga distancia y que fue suspendida por falta de pago.

Por su parte, TELEANDINA ha señalado que la interconexión fija-fija no requiere de la utilización de infraestructura de la relación de interconexión empleada para los servicios regulados por el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL.

Como puede advertirse de lo anterior, ambas partes mantienen discrepancias con relación a este aspecto. De acuerdo con ello, corresponde a este Cuerpo Colegiado analizar la evidencia presentada a fin de determinar si, en efecto, la infraestructura requerida para la implementación de la interconexión fija-fija es la misma que la utilizada en la relación fija-larga distancia.

El Mandato N° 002-2000-GG/OSIPTEL del 12 de enero de 2000 estableció las condiciones para interconectar las redes de servicios portador de larga distancia, telefonía fija y telefonía móvil de TELEANDINA, TELEFÓNICA y TSM.

Conforme a lo señalado por ambas partes, sobre la base de dicho Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL, TELEANDINA adquirió 48 E1s de uso exclusivo (infraestructura de Adecuación de Red) y un enlace de fibra óptica de 8 pares para establecer el enlace de interconexión entre su POP en Camino Real 390 y el PDI en el local de TELEFÓNICA de la misma avenida. Sin embargo, inicialmente sólo se habrían habilitado 20 enlaces de interconexión.

No obstante, la interconexión fue suspendida por falta de pago en el 2001, es decir, los 20 enlaces de interconexión originalmente habilitados en aplicación de lo dispuesto por el Mandato de Interconexión N° 002-2000-GG/OSIPTEL fueron suspendidos por TELEFÓNICA. Este hecho ha sido reconocido por ambas partes.

¹³ De acuerdo con lo señalado por TELEFÓNICA, TELEANDINA habría requerido para la implementación de la interconexión fija-fija la habilitación de 28 de los 48 enlaces que fueron originalmente habilitados por TELEFÓNICA para la implementación de la interconexión fija-fija.

El 15 julio de 2002, las partes celebraron un contrato de Transacción Judicial, Reconocimiento de Deuda, Restitución de Interconexión, Compromiso de Pago y Constitución de Garantía Hipotecaria y Prendaria.

En la Cláusula Tercera del Contrato, TELEFÓNICA se comprometió al reestablecimiento inmediato de 10 de los 48 E1 en el PDI de San Isidro, para los servicios de larga distancia y tránsito conmutado sólo hacia TELEFÓNICA MÓVILES¹⁴.

Como consecuencia de lo estipulado en el Contrato de Transacción, se restituyeron 10 enlaces de interconexión.

Sin embargo, como ha quedado acreditado, con fecha 9 de setiembre de 2003, la provisión de la interconexión a través de esos 10 enlaces, fue suspendida por TELEFÓNICA por falta de pago. Al efecto cabe señalar que, en su oportunidad, las instancias de solución de controversias de OSIPTEL confirmaron que el procedimiento de suspensión de la interconexión efectuado por TELEFÓNICA fue realizado cumpliendo los requisitos previstos en la regulación sectorial¹⁵.

En tal sentido, como resultado de la suspensión de la interconexión, en la actualidad la interconexión fija-larga distancia entre TELEANDINA y TELEFÓNICA se encuentra suspendida. Como consecuencia de ello, los enlaces de interconexión no se encuentran habilitados.

De acuerdo a lo señalado previamente, puede concluirse que, en la actualidad, la infraestructura utilizada para la provisión de la interconexión fija-larga distancia - específicamente los enlaces de interconexión que fueron habilitados por TELEFÓNICA como consecuencia de los acuerdos entre ambas partes en el marco de la relación de interconexión fija-larga distancia- se encuentra suspendida por falta de pago.

Corresponde determinar, entonces, si la infraestructura requerida para la habilitación de la relación de interconexión fija-fija es la misma que aquella utilizada para la provisión de la interconexión fija-larga distancia, que en la actualidad se encuentra suspendida por falta de pago. Esto es, si la infraestructura requerida corresponde a aquella cuya habilitación fue pactada por las partes en el marco de los acuerdos celebrados para el establecimiento de la relación fija-larga distancia.

Tal como se ha señalado anteriormente, ambas partes reconocen que como consecuencia de la emisión del Mandato de Interconexión fija- larga distancia, TELEANDINA solicitó a TELEFÓNICA la provisión de 48 E1s para adecuación de red¹⁶.

¹⁴ Asimismo, se acordó que el restablecimiento de los 38 E1's, se efectuaría a solicitud de TELEANDINA luego de la presentación de la carta fianza mínima obligatoria de cien mil (100000) dólares. Recién en dicho momento se permitiría el tránsito conmutado hacia terceras redes.

¹⁵ Expediente N° 018-2003-CCO-ST/IX. Resolución del Cuerpo Colegado N° 017-2004-CCO/OSIPTEL de fecha 16 de abril de 2004 y Resolución N° 012-2004-TSC/OSIPTEL de fecha 02 de agosto de 2004.

¹⁶ En efecto, mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2005, TELEANDINA señaló lo siguiente: "(...)en la misma fecha, 19 de julio de 2002, TELEFÓNICA y TELEANDINA suscriben el acuerdo sobre adecuación de red mediante los 48E1s de Infraestructura de adecuación de red adquirida por TELEANDINA acogida al Mandato N° 001-2000-GG/OSIPTEL para uso exclusivo, pasa a la condición de uso compartido para ser habilitado por TELEFÓNICA"(resaltado agregado).

Asimismo, mediante escrito de fecha 21 de abril de 2005, TELEFÓNICA señaló lo siguiente: "El Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL estableció la interconexión de la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de TELEANDINA con las redes de telefonía fija local, de larga distancia nacional y móvil de TELEFÓNICA. Sobre la base de dicho Mandato, se proveyeron 48 enlaces de interconexión(E1s) de acuerdo con la solicitud de adecuación de red realizada por TELEANDINA".

Posteriormente, en el marco de las comunicaciones cursadas entre ambas partes para la habilitación efectiva de la relación de interconexión fija-fija, TELEANDINA mediante comunicación TLA-030401-Tdp-GG de fecha 1 de abril de 2003 señaló lo siguiente:

"no siendo requerida adecuación de red adicional ni instalación de nuevos medios de transmisión, solicitamos supervisión para la realización de pruebas técnicas".

Asimismo, en la referida comunicación TELEANDINA señala lo siguiente: *"la capacidad de Adecuación de red, en el punto de interconexión, requerida para los cinco primeros años, es de 28 E1s. Conforme al numeral 4.1 del Anexo 1A del Mandato, confirmamos que emplearemos esa capacidad de red, actualmente disponible, la misma que tiene una capacidad total de 48 E1s".*

Como puede advertirse, TELEANDINA ha reconocido expresamente que la infraestructura de adecuación de red requerida a TELEFÓNICA para la habilitación de la interconexión fija-fija es la misma infraestructura comprendida dentro de la infraestructura originalmente solicitada por dicha empresa para la habilitación de la interconexión fija-larga distancia.

Por tanto, obra en el expediente medios probatorios que acreditan que los 28 E1 requeridos por TELEANDINA para la interconexión fija-fija, corresponden a parte de la infraestructura ya existente a julio del año 2002, es decir, dichos enlaces formarían parte de los 48 E1, que ambas partes han reconocido fueron solicitados originalmente por TELEANDINA a TELEFÓNICA como consecuencia del establecimiento de la interconexión fija-larga distancia y sobre la cual, posteriormente, acordaron un uso compartido.

En conclusión, como se desprende de la evidencia presentada, ha quedado acreditado que TELEANDINA solicitó a TELEFÓNICA que la implementación de los enlaces para la habilitación de la interconexión fija-fija se haga respecto de la infraestructura ya existente.

Conforme a lo anterior, puede concluirse que se verifica el primero de los requisitos para la aplicación de lo establecido en el Numeral 4.2.1. del Mandato de Interconexión fija-fija.

- b. Si TELEANDINA adeuda a TELEFÓNICA montos por el servicio de adecuación de red y por enlaces de interconexión derivados de la interconexión fija-larga distancia regulada por el Mandato de interconexión N° 002-2000-GG/OSIPTEL y la provisión de dicha infraestructura se encuentra suspendida por falta de pago.

Sobre el particular, en la Cláusula Segunda del Contrato de Transacción celebrado entre TELEFÓNICA y TELEANDINA, esta última empresa reconoció mantener una deuda con TELEFÓNICA originada en la prestación de servicios.

Al respecto, en el Anexo 1 del Contrato de Transacción se efectúa un detalle del pasivo que TELEANDINA reconoció mantener con TELEFÓNICA, en el que se consigna como deuda original la suma de US\$ 292 396,83 por concepto de adecuación de red, la misma que luego fue ajustada como consecuencia de la celebración del Contrato.

De acuerdo con ello, si bien es cierto que –conforme ha señalado TELEANDINA- a raíz de la celebración del Contrato de Transacción, se modificó el sistema de provisión de adecuación de red, cambiándolo de uno de uso exclusivo a uno de uso compartido¹⁷; dicha modificación no implicó la desaparición de la deuda existente por el referido concepto.

En efecto, aún producida una reducción de la deuda por la modificación del sistema, TELEANDINA reconoció expresamente mantener una deuda por concepto de adecuación de red¹⁸.

De otro lado, el pasivo existente por concepto de adecuación de red se originó en el requerimiento realizado por TELEANDINA a TELEFÓNICA como consecuencia del establecimiento de la relación de interconexión fija - larga distancia; es decir, en la adquisición de los 48 enlaces que ambas partes reconocieron fueron solicitados por TELEANDINA a TELEFÓNICA en dicha oportunidad, tal como se desprende del Contrato de Transacción.

En tal sentido, los argumentos de TELEANDINA relativos a que la infraestructura de adecuación de red requerida para la habilitación de la interconexión fija-fija estaría restringida únicamente a los 28 enlaces cuya habilitación fue requerida inicialmente por dicha empresa, pero que no fueron utilizados efectivamente en la provisión de la interconexión fija-larga distancia, no resultan relevantes a efectos de determinar la aplicación de lo previsto en el numeral 4.2.1 del Mandato de Interconexión Fija-Fija¹⁹.

En efecto, la deuda por adecuación de red no está vinculada al uso efectivo que se haya dado a dichos enlaces en la provisión de la interconexión, sino al costo que

¹⁷ Acuerdo sobre adecuación de Red.

"Primera.-

Con fecha 12 de enero de 2000 el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones aprobó el Mandato de interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL, mediante el cual se establecieron las condiciones técnicas, económicas, legales y operativas para interconectar la red del servicio de portador de larga distancia de TELEANDINA con la red de los servicios de telefonía local y de larga distancia de TELEFÓNICA y la red de servicios de telefonía móvil de Telefónica Móviles del Perú S.A.C, habiéndose dispuesto la modalidad de adecuación de red de Uso Exclusivo.

"Segunda.-

Por el presente las partes acuerdan mutuamente adoptar una modalidad de adecuación de red distinta a la dispuesta en el Mandato en referencia, a la modalidad de uso compartido de elementos de adecuación de red (...)."

¹⁸ En relación con ello, el Anexo 1 del Contrato de Transacción Extrajudicial, Detalle del pasivo, señala lo siguiente en relación con las deudas que mantenía TELEANDINA con TELEFÓNICA por adecuación de red:

Descripción	Deuda original sin IGV	IVA	Total	Observaciones
Adecuación de red	292 396,83	138 864,55	153 532,28	Aplicación Tabla vigente al momento de la negociación y compensación por migración a uso compartido

¹⁹ Debe agregarse que la disposición primera del Acuerdo sobre la Adecuación de Red hace referencia expresa al Mandato de Interconexión fija-larga distancia, y la disposición segunda, al uso compartido de los elementos de adecuación de red, bajo lo dispuesto en dicho Mandato. Teniendo en consideración que en la fecha del acuerdo entre las partes sólo existía un Mandato de Interconexión sobre relaciones fija-larga distancia, el contenido de dicho acuerdo sólo podría referirse a la infraestructura de red destinada originalmente a la interconexión fija- larga distancia.

De otro lado, como ya ha sido mencionado, en el Anexo 1 del Contrato de Transacción Extrajudicial se constata la existencia y aceptación de una deuda por concepto de adecuación de red por parte de TELEANDINA. Por tanto, resulta indubitable que la deuda por adecuación de red existió al menos a julio del año 2002 y que, toda vez que el mencionado Acuerdo de Adecuación de Red, que fue celebrado en la misma fecha del Contrato de Transacción Extrajudicial, hace referencia a los 48E1 instalados originalmente para la interconexión fija - larga distancia, correspondería a la deuda por adecuación de red a la infraestructura compuesta por los 48 E1.

genera habilitar los enlaces en la red del otro operador.

De otro lado, TELEANDINA debió acreditar -cuando menos- que no existía deuda derivada de la adquisición de la adecuación de red necesaria para la habilitación de la interconexión fija-larga distancia. Sin embargo, de la revisión del material probatorio se concluye que TELEANDINA no ha cumplido con acreditar dicho hecho.

Mediante escritos de fechas 7 de diciembre de 2005 y 26 de enero de 2006, TELEANDINA ha presentado copia de cinco (5) facturas canceladas por concepto de infraestructura de red y enlace de fibra óptica pagadas por TELEANDINA a TELEFÓNICA que totalizan US\$ 381 806,86 y, adicionalmente, una carta de crédito por la suma de US\$ 317 128,00 a favor de TELEFÓNICA.

Al respecto, debe indicarse que tanto las facturas como la carta de crédito presentadas tienen fechas de emisión previas a la suscripción del Contrato de Transacción Extrajudicial. En efecto, dichos documentos fueron expedidos durante los años 1999 y 2000. Posteriormente, el 15 de julio de 2002, fue suscrito el referido Acuerdo de Transacción Extrajudicial, en cuyo Anexo 1 TELEANDINA ha reconocido expresamente una deuda por adecuación de red. Por ello, es posible colegir que la documentación presentada no acredita el pago de la deuda referida.

Adicionalmente, debe indicarse que, en todo caso, algunas de las facturas presentadas se refieren a pagos por adecuación de red bajo la modalidad de uso exclusivo que fue modificada por la partes a la de uso compartido. Por ello, las facturas que acreditasen el pago de la deuda deberían corresponder a una etapa posterior a la suscripción de la Transacción y del Acuerdo de Adecuación.

Mediante escrito de fecha 26 de enero de 2006, TELEANDINA ha señalado que la tabla contenida en el Anexo I del Contrato de Transacción no contiene acuerdo alguno ni reconocimiento de deuda de su parte, y que sólo resume las cuentas y reconoce los pagos ya efectuados por TELEANDINA respecto de la adecuación de red acreditados con las facturas antes mencionadas.

Al respecto, debe advertirse que el monto consignado por adecuación de red menos el ajuste respectivo (es decir, US\$ 153 532,28) constituye uno de los montos que han sido sumados para obtener una deuda conciliada ascendente a US\$ 1 337 637,30, al cual se le ha aplicado descuentos especiales, obteniéndose un total de US\$ 1 300 000,00 que es la deuda reconocida por TELEANDINA conforme a la cláusula segunda del Contrato de Transacción. En consecuencia, de acuerdo a lo expresamente reconocido por TELEANDINA en la referida Transacción, es posible concluir que sí existe la referida deuda por adecuación.

Este Cuerpo Colegiado tiene conocimiento de que en la actualidad existen varios procesos en el Poder Judicial en los que, tanto TELEFÓNICA como TELEANDINA, han solicitado la resolución del Contrato de Transacción Extrajudicial celebrado entre las referidas empresas.

Al respecto, TELEANDINA ha señalado que uno de los procesos judiciales ha concluido con una resolución de la Corte Suprema, rechazando el recurso de casación interpuesto por TELEFÓNICA²⁰ y, en consecuencia, ordenando a TELEFÓNICA la aplicación de un determinado cargo de terminación en la red móvil de TSM, de

²⁰ Resolución Judicial que puso fin al proceso judicial iniciado ante el Cuadragésimo Tercer Juzgado Civil de Lima.

acuerdo a lo pactado en el mencionado Contrato de Transacción.

El Cuerpo Colegiado considera que dicho Contrato representa una manifestación expresa de la voluntad de TELEANDINA en el sentido de reconocer la existencia de un pasivo frente a TELEFÓNICA, el mismo que, por lo demás, dicha empresa ha admitido a lo largo del presente procedimiento.

Al efecto, es relevante señalar que en los procesos que se encuentran en trámite ante el Poder Judicial, la materia controvertida está vinculada a la resolución del Contrato de Transacción Extrajudicial y sus consecuencias, y no a la existencia de la deuda que mantiene TELEANDINA con TELEFÓNICA derivada de la relación de interconexión fija-larga distancia, deuda cuya existencia dicha empresa ha reconocido expresamente.

En todo caso, como se ha señalado previamente, correspondía a TELEANDINA acreditar que dicha empresa no mantenía frente a TELEFÓNICA deudas pendientes por el servicio de adecuación de red y, en su caso, por otros conceptos. Sin embargo, TELEANDINA no ha cumplido con acreditar dicho hecho y; por el contrario, de la evidencia analizada se desprende que dichas deudas se mantienen impagas en la actualidad.

Por lo expuesto, puede concluirse que también se verifica el segundo requisito establecido para la aplicación de la condición prevista del Numeral 4.2.1. del Mandato de Interconexión Fija-Fija. En efecto, ha quedado acreditado que la infraestructura requerida para la habilitación efectiva de la interconexión fija-fija es la misma que la requerida originalmente para la habilitación de la interconexión fija-larga distancia. Asimismo, ha quedado acreditado que en la actualidad dicha infraestructura no se encuentra habilitada por la existencia de deudas derivadas, entre otros conceptos, de la adecuación de red adquirida por TELEANDINA en el marco de la relación de interconexión fija-larga distancia.

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto en el presente acápite ha quedado acreditado que:

- TELEANDINA solicitó a TELEFÓNICA que la implementación de los enlaces para la habilitación de la interconexión fija-fija se haga respecto de la infraestructura ya existente.
- La infraestructura requerida para la habilitación efectiva de la interconexión fija-fija es la misma que la requerida originalmente para la habilitación de la interconexión fija-larga distancia.
- En la actualidad dicha infraestructura no se encuentra habilitada por la existencia de deudas derivadas, entre otros conceptos, de la adecuación de red adquirida por TELEANDINA en el marco de la relación de interconexión fija-larga distancia.

Por ello, debe concluirse que TELEANDINA no puede requerir la habilitación de la interconexión directa fija-fija, solicitando para ello la misma infraestructura (adecuación de red y enlaces de interconexión) que aquella requerida originalmente para la interconexión fija-larga distancia, en tanto no haya cumplido con pagar las deudas o acreditar el pago de dichas deudas derivadas de la referida adecuación de red.

CONCLUSIÓN 1:

Por lo expuesto, la primera pretensión autónoma formulada por TELEFÓNICA resulta fundada en parte pues dicha empresa se encuentra facultada para negarse a habilitar a TELEANDINA la interconexión directa fija-fija si es que dicha empresa solicita para ello la misma infraestructura (adecuación de red y enlaces de interconexión) que aquella requerida originalmente para la interconexión fija-larga distancia, en tanto no haya cumplido con pagar las deudas derivadas de la referida adecuación de red, sobre la base de lo establecido en el numeral 4.2.1 del Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL.

Sin embargo, tal como se ha expuesto, los artículos los artículos 77° y 77°-A del TUO de las Normas de Interconexión, no facultan a TELEFÓNICA a negarse a habilitar la interconexión directa a TELEANDINA en el escenario fijo-fijo, en tanto esta última no cumpla con pagar el íntegro de las deudas que mantiene con TELEFÓNICA derivadas de las relaciones de interconexión existentes entre estas empresas.

En este sentido, cabe precisar que el Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL no faculta a TELEFÓNICA a negarse a habilitar la interconexión directa a TELEANDINA en el escenario fijo-fijo, si es que ésta no cumple con pagar cualquier deuda proveniente de cualquier interconexión. De acuerdo al análisis efectuado, conforme a lo establecido en el numeral 4.2.1 del Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL, TELEFÓNICA se encuentra facultada para negarse a habilitar a TELEANDINA la interconexión directa fija-fija si es que (i) dicha empresa solicita para esto la misma infraestructura que aquella requerida originalmente para la interconexión fija-larga distancia; y, (ii) siempre que no haya cumplido con pagar las deudas derivadas de la referida adecuación de red.

Por lo expuesto, la demanda resulta fundada en parte en este extremo.

9.2.2 La interconexión indirecta

Teniendo en consideración que las pretensiones formuladas por TELEFÓNICA en su demanda, corresponde examinar lo siguiente:

- (i) Primera Pretensión Principal: Si TELEFÓNICA se encuentra facultada para negarse a habilitar la interconexión indirecta con TELEANDINA en el escenario fijo-fijo en tanto esta última no cumpla con pagar el íntegro de las deudas que mantiene con TELEFÓNICA.
- (ii) Pretensión Autónoma: Si TELEANDINA no puede solicitar a TELEFÓNICA la prestación de los servicios suspendidos de la interconexión directa, para efectos de habilitar la interconexión indirecta en cualquier escenario, mientras que dicha suspensión se mantenga por falta de pago.
- (iii) Pretensión Subordinada: En caso se determine que TELEFÓNICA no puede negarse a habilitar la interconexión indirecta, si TELEANDINA incurre en abuso de derecho al solicitar la interconexión indirecta en el escenario fijo-fijo sin pagar previamente las deudas que mantiene con TELEFÓNICA.

En la Resolución N° 005-2005-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró improcedente la reconvenición de TELEANDINA en el extremo referido a que se sancione a TELEFÓNICA por negarse a habilitar la interconexión indirecta con dicha empresa.

En dicho pronunciamiento, el Cuerpo Colegiado señaló que la interconexión indirecta se establece entre las empresas que no cuentan con una interconexión física y, por tanto, se realiza a través del transporte conmutado o tránsito local. Se indicó que ella consiste en interconectar dos redes, la de la empresa A (solicitante de la interconexión indirecta) y la de la empresa C (en la cual terminará el tráfico de A), a través de la red de una empresa B (proveedora del servicio de transporte conmutado) con la cual ambas –empresa A y empresa C - se encuentran interconectadas de manera directa con la empresa B. En efecto, la empresa A se encuentra interconectada de manera directa con la empresa B y, a su vez, la empresa C se encuentra interconectada de manera directa con la empresa B.²¹.

En efecto, por la interconexión indirecta, la empresa A termina tráfico en la red de la empresa C utilizando el transporte conmutado provisto por la empresa B, quien está interconectada físicamente con A y con C. En esa medida, la empresa B es quien brinda la interconexión indirecta, al ser la proveedora del servicio de transporte conmutado²².

Sobre la base de dichas consideraciones en la Resolución N° 005-2005-CCO/OSIPTEL el Cuerpo Colegiado señaló que en el caso, TELEFÓNICA no era la responsable de brindar la interconexión indirecta a TELEANDINA, la empresa obligada a ello sería –en su caso- TELMEX mediante la provisión del servicio de tránsito conmutado. En este sentido, TELEFÓNICA tiene la obligación de aceptar el tráfico que termina en su red proveniente de la red de TELMEX en el marco de la relación de interconexión directa establecida entre dichas empresas. Siendo ello así, TELEFÓNICA no podría incumplir una obligación –la de brindar la interconexión– que no le compete.

En esta línea de razonamiento, el Cuerpo Colegiado expresó que TELEFÓNICA no forma parte de la relación material establecida entre TELEANDINA y TELMEX con ocasión de la prestación del servicio de transporte conmutado, por lo que resulta claro que no podría cometer alguna infracción en el marco de dicha relación.

De acuerdo con lo señalado, el Cuerpo Colegiado declaró improcedente la pretensión formulada por TELEANDINA –vía reconvención- consistente en que se inicie un procedimiento sancionador para declarar que TELEFÓNICA incumplió con sus obligaciones relativas a la interconexión al negarse a habilitar la interconexión indirecta vía TELMEX.

Consecuentemente con lo señalado en la Resolución N° 005-2005-CCO/OSIPTEL, al no ser parte TELEFÓNICA de la relación material establecida entre TELEANDINA y TELMEX con ocasión de la prestación del servicio de transporte conmutado, resulta claro que:

²¹ Esta misma línea de análisis ha sido desarrollada en la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 015-2003-CCO/OSIPTEL emitida el 9 de julio de 2003 en el Expediente N° 010-2002-CCO-ST/IX correspondiente a la controversia seguida entre Bellsouth Perú S.A. y Nextel Perú S.A. por incumplimiento de las obligaciones derivadas de su relación de interconexión. Dicha resolución fue confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias mediante Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL del 30 de octubre de 2003.

²² En la interconexión indirecta, se aprecian dos relaciones jurídicas distintas: (i) la relación entre las empresas A y B en virtud de la prestación del servicio de transporte conmutado por parte de B en el marco de la relación de interconexión directa existente entre estas dos empresas; y, (ii) la relación entre las empresas B y C, en virtud de la prestación del servicio de terminación de llamadas por parte de C en el marco de la relación de interconexión directa entre estas dos empresas.

- (i) En lo referido a la pretensión principal y a la pretensión autónoma de la demandante, no corresponde a TELEFÓNICA decidir sobre la habilitación de la interconexión indirecta vía TELMEX o vía cualquier otro tercer operador, y,
- (ii) En lo referido a la pretensión subordinada de la demandante, el análisis sobre si TELEANDINA incurriría en abuso de derecho al solicitar a TELMEX o a otro tercer operador la referida interconexión indirecta es pertinente dentro del marco de la relación que establezca entre TELEANDINA y el tercer operador, en la cual no interviene TELEFÓNICA. Incluso en el supuesto negado de que se declarara procedente la pretensión subordinada, la misma resultaría infundada porque no hay un perjuicio para la habilitación de la interconexión indirecta no generaría un perjuicio para TELEFÓNICA, ya que el eventual no pago de TELEANDINA no configuraría un perjuicio para TELEFÓNICA, sino, en todo caso para TELMEX, quien se haría responsable ante TELEFÓNICA del pago de los cargos que se generen por terminar tráfico en la red de TELEFÓNICA, ya sea suyo o de TELEANDINA, es TELMEX.

Sin perjuicio de lo antes señalado, en este punto, el Cuerpo Colegiado considera importante recalcar que si una empresa solicita a otra la interconexión indirecta cumpliendo con los requisitos y garantías establecidos en el artículo 22° del TUO de Interconexión, la empresa en cuya red terminará el tráfico proveniente de la empresa solicitante – en este caso TELEFÓNICA-, no se encuentra facultada para negarse a la terminación de dicho tráfico en su red²³.

CONCLUSIÓN 2:

Por tanto, este Cuerpo Colegiado considera que al no ser parte TELEFÓNICA de la relación material establecida entre TELEANDINA y TELMEX con ocasión de la prestación del servicio de transporte conmutado, corresponde declarar improcedente las siguientes pretensiones de TELEFÓNICA:

- La primera pretensión principal en cuanto a que se declare que TELEFÓNICA se encuentra facultada para negarse a habilitar la interconexión indirecta con TELEANDINA en el escenario fijo-fijo en tanto esta última no cumpla con pagar el íntegro de las deudas que mantiene con TELEFÓNICA.
- La pretensión autónoma consistente en cuanto se declare que TELEANDINA no puede solicitar a TELEFÓNICA la prestación de los servicios suspendidos de la interconexión directa, para efectos de habilitar la interconexión indirecta en cualquier escenario, mientras que dicha suspensión se mantenga por falta de pago.
- La pretensión subordinada consistente en que se determine que TELEFÓNICA incurre en abuso de derecho al solicitar la interconexión indirecta en el escenario fijo-fijo sin pagar previamente las deudas que mantiene con TELEFÓNICA.

En consecuencia, la demanda resulta improcedente en este extremo.

²³ Debe señalarse que independientemente de que el tráfico se origine en un tercer operador – como puede ser TELEANDINA-, siempre y cuando TELMEX responda por este tráfico frente a TELEFÓNICA.

9.3 La reconvención de TELEANDINA

Tal como se ha señalado en la sección de Antecedentes, mediante Resolución N° 005-2005-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado admitió la reconvención planteada por TELEANDINA en cuanto a la pretensión consistente en que se declare que TELEFÓNICA incumplió con sus obligaciones relativas a la interconexión mediante su negativa a habilitar la interconexión directa fija – fija entre TELEANDINA y TELEFÓNICA regulada en el Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL, señalando que la misma sería tramitada dentro del procedimiento que involucra la comisión de infracciones.

Teniendo en consideración que, como se ha expuesto en el numeral 9.2 precedente, TELEFÓNICA no se ha negado ilegalmente a habilitar la interconexión directa fija-fija, pues tenía razones legítimas para ello sobre la base de lo establecido en el Mandato N° 022-2003-CD/OSIPTEL, corresponde declarar infundada la pretensión sancionatoria de TELEANDINA.

X. LA SUPUESTA TEMERIDAD PROCESAL DE TELEFÓNICA

Mediante escritos de fechas 27 de enero de 2006 y 2 de marzo de 2006, TELEANDINA ha señalado que TELEFÓNICA ha actuado en el presente procedimiento con temeridad procesal, incumpliendo lo establecido en los artículos 109°, 110°, 111° y 112° del Código Procesal Civil²⁴.

Al respecto, TELEANDINA ha indicado que la conducta procesal de TELEFÓNICA en el presente procedimiento, vulnera los acuerdos suscritos entre las partes, ignora las normas que regulan la interconexión, incluye una deliberada confusión de conceptos claramente establecidos en la regulación de las telecomunicaciones, incumple

²⁴ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 109.- Deberes de las partes, Abogados y apoderados.-**

Son deberes de las partes, Abogados y apoderados:

1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso;
2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales;
3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones;
4. Guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia;
5. Concurrir ante el Juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y
6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

Artículo 110.- Responsabilidad patrimonial de las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados.-

Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el procesos aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.

Artículo 111.- Responsabilidad de los Abogados.-

Además de lo dispuesto en el artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

Artículo 112.- Temeridad o mala fe.-

Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
3. Cuando se sustrae, mutila o inutiliza alguna parte del expediente;
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;
6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y
7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación.

resoluciones judiciales, incurre en falsedades sobre la existencia de una deuda por adecuación, intenta cuestionar la propiedad de TELEANDINA; todo ello con el objeto de impedir la interconexión fija-fija. En atención a ello, TELEANDINA solicitó que la conducta procesal de TELEFÓNICA sea puesta en conocimiento del Ministerio Público y del Colegio de Abogados de Lima, de acuerdo con lo establecido en el artículo 111° del Código Procesal Civil.

Conforme a lo establecido en el artículo 112° del Código Procesal Civil se considera que existe temeridad o mala fe, entre otros casos: (i) cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio; (ii) cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; o (iii) cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos.

En el presente caso, como se ha señalado previamente, la demanda de TELEFÓNICA no carece de fundamento jurídico pues se ha considerado que la misma resulta fundada en parte, pues TELEFÓNICA no se ha negado ilegalmente a habilitar la interconexión directa fija-fija, dado que tenía razones legítimas para ello sobre la base de lo establecido en el Mandato N° 022-2003-CD/OSIPTEL.

De otro lado, no se ha acreditado que TELEFÓNICA haya alegado –a sabiendas– hechos contrarios a la realidad. En efecto, en el presente caso sólo se ha verificado la existencia de interpretaciones y posiciones distintas sobre la posibilidad de que TELEFÓNICA se encuentre facultada para negarse a habilitar la interconexión directa o indirecta a TELEANDINA en el escenario fijo-fijo, en tanto esta última no cumpla con pagar el íntegro de las deudas que mantiene con TELEFÓNICA derivadas de las relaciones de interconexión existentes entre estas empresas; conforme a lo establecido en los artículos 77° y 77°-A del TUO de las Normas de Interconexión y en el numeral 4.2.1 del Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL.

Finalmente, TELEANDINA tampoco ha aportado elementos probatorios que acrediten que TELEANDINA haya utilizado el procedimiento o actos procesales de dicho procedimiento para fines ilegales o con propósitos ilegales.

De otro lado y por las mismas razones expuestas, TELEANDINA tampoco ha acreditado que TELEFÓNICA ha incumplido sus deberes procesales en la presente controversia. En consecuencia, corresponde denegar el pedido de TELEANDINA para que declare que TELEFÓNICA ha actuado en el presente procedimiento con temeridad procesal.

Por lo expuesto, el pedido de TELEANDINA para que se declare que TELEFÓNICA ha actuado con temeridad procesal en la presente controversia resulta infundado. En atención a ello, corresponde –asimismo– denegar las solicitudes de TELEANDINA para que la supuesta conducta procesal temeraria de TELEFÓNICA sea puesta en conocimiento del Ministerio Público y del Colegio de Abogados de Lima, de acuerdo con lo establecido en el artículo 111° del Código Procesal Civil.

XI. PEDIDO DE TELEFÓNICA PARA QUE SE TESTEN FRASES FORMULADAS POR TELEANDINA EN ESCRITOS PRESENTADOS EN EL PROCEDIMIENTO

De otro lado, el escrito presentado por TELEFÓNICA con fecha 15 de febrero de 2006, TELEFÓNICA pide que se testen las siguientes frases ofensivas por parte de TELEANDINA incluidas en su escrito de fecha 27 de enero de 2006:

"la torcida línea de conducta seguida por el Dominante (...) ha fraguado engañoso ardid que tendría por propósito apropiarse nuevamente del patrimonio de TELEANDINA"

"como falsamente TELEFÓNICA, recurriendo al ardid, astucia y el engaño, quiere hacerle creer al CCO. Tal intención, configuraría un hecho delictivo."

"TELEANDINA ante la absurda argumentación del dominante (...) "como una forma de ocultar su dolosa actuación"

"Esta nueva postura del dominante tiene por objeto enrarecer el proceso administrativo y evidencia su malsana intención (...)."

El Cuerpo Colegiado considera ofensivas las expresiones antes transcritas, por lo cual considera que TELEANDINA ha incumplido con los deberes de conducta procesal previstos en los numerales 3 y 4 del artículo 109° del Código Procesal Civil, aplicable al presente procedimiento en virtud de la segunda Disposición Final del Reglamento de Controversias.

En tal sentido, corresponde al Cuerpo Colegiado testar las palabras y frases agraviantes expresadas en el mencionado escrito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52° del Código Procesal Civil.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar (i) improcedente la tachá presentada por Telefónica del Perú S.A.A.; (ii) improcedente la presentación de la Resolución N° 05 de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima presentada por Compañía Telefónica Andina S.A., al no resultar pertinente para probar los asuntos discutidos en el presente procedimiento; y, (iii) procedentes los medios probatorios consistentes en facturas y carta de crédito presentado por Compañía Telefónica Andina S.A. mediante escritos de fechas 7 de diciembre de 2005 y 26 de enero de 2006.

Artículo Segundo.- Declarar fundada en parte la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Compañía Telefónica Andina S.A., en cuanto al extremo de la primera pretensión formulada por Telefónica del Perú S.A.A. referido a que dicha empresa se encuentra facultada para negarse a habilitar a Compañía Telefónica Andina S.A. la interconexión directa fija-fija si es que dicha empresa solicita para ello la misma infraestructura (adecuación de red y enlaces de interconexión) que aquella requerida originalmente para la interconexión fija-larga distancia, en tanto no haya cumplido con pagar las deudas derivadas de la referida adecuación de red, sobre la base de lo establecido en el numeral 4.2.1 del Mandato de Interconexión N° 022-2003-CD/OSIPTEL, de acuerdo a lo señalado en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Tercero.- Declarar improcedente la demanda presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Compañía Telefónica Andina S.A., por los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución, en lo concerniente a lo siguiente:

- La primera pretensión principal en cuanto a que se declare que Telefónica del Perú S.A.A. se encuentra facultada para negarse a habilitar la interconexión

indirecta con Compañía Telefónica Andina S.A. en el escenario fijo-fijo en tanto esta última no cumpla con pagar el íntegro de las deudas que mantiene con TELEFÓNICA.

- La pretensión autónoma consistente en cuanto se declare que Compañía Telefónica Andina S.A. no puede solicitar a Telefónica del Perú S.A.A. la prestación de los servicios suspendidos de la interconexión directa, para efectos de habilitar la interconexión indirecta en cualquier escenario, mientras que dicha suspensión se mantenga por falta de pago.
- La pretensión subordinada consistente en que se determine que Telefónica del Perú S.A.A. incurre en abuso de derecho al solicitar la interconexión indirecta en el escenario fijo-fijo sin pagar previamente las deudas que mantiene con Telefónica del Perú S.A.A.

Artículo Cuarto.- Denegar el pedido de Compañía Telefónica Andina S.A. para que declare que Telefónica del Perú S.A.A. ha actuado en el presente procedimiento con temeridad procesal y para que se ponga en conocimiento del Ministerio Público y del Colegio de Abogados de Lima, la supuesta conducta procesal temeraria de Telefónica del Perú S.A.A.

Artículo Quinto.- Téstese el escrito presentado por Compañía Telefónica Andina S.A. con fecha 27 de enero de 2006, conforme a lo señalado en la sección Considerando de la presente resolución.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado: Juan Carlos Mejía Cornejo, Manuel San Román Benavente y Jorge Fernández-Baca Llamosas.

