



Expediente 004-2002

RESOLUCIÓN N° 010-2003-CCO/OSIPTEL

Lima, 31 de enero de 2003.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Nortek Communications S.A.C. (NORTEK) y Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFÓNICA), por supuestos incumplimientos de los principios de no discriminación e igualdad de acceso en la aplicación de cargos de interconexión.

VISTOS:

El Expediente N° 004-2002.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS:

1. Demandante:

NORTEK es una empresa privada que, mediante Resolución Ministerial N° 089-99-MTC/15.03 de fecha 17 de marzo de 1999, obtuvo la concesión para prestar el servicio portador de larga distancia nacional e internacional en las modalidades de conmutados y no conmutados en todo el territorio del Perú.

2. Demandado:

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

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

II. ANTECEDENTES:

Con respecto a los antecedentes, se remite a lo señalado en el Informe de la Secretaría Técnica N° 9-2002-ST, de fecha 25 de octubre de 2002 (el Informe Instructivo).

III. DEMANDA DE NORTEK – PETITORIO:

Con fecha 4 de julio de 2002, NORTEK interpone ante OSIPTEL una demanda contra TELEFÓNICA por violación a los principios de igualdad de acceso y no discriminación, y solicita que en cumplimiento de los mencionados principios¹:

1. TELEFÓNICA traslade a favor de NORTEK los menores cargos desagregados de terminación y/o originación en el área local, establecidos en el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL del 1 de agosto del 2000 (el Mandato ATT-TELEFÓNICA)², sin diferenciar entre llamadas entrantes y salientes, ni locales y larga distancia nacional e internacional, ni en el tipo de red.
2. Se ordene la aplicación de los mismos cargos establecidos para TELEFÓNICA y AT&T Perú S.A, (ATT) en el Mandato de Interconexión ATT-TELEFÓNICA para todas las llamadas que entregue NORTEK a TELEFÓNICA y que terminen o se originen en las redes locales, de la siguiente manera:
 - a. A partir del 1 de enero del 2002 hasta el 31 de junio del 2002, el cargo de terminación/originación sería de US\$ 0,0115; y,
 - b. A partir del 1 de julio del 2002 en adelante, salvo que OSIPTEL proponga un menor cargo, el cargo de terminación/originación sería de US\$ 0,00960.
3. Se ordene a TELEFÓNICA la emisión de las notas de crédito que correspondan a favor de NORTEK, por la aplicación del mismo cargo establecido en el Mandato ATT-TELEFÓNICA, para aquellas facturas emitidas por TELEFÓNICA correspondientes a los meses de enero a abril del 2002 y en lo sucesivo se ordene que las facturas se emitan en base a los cargos vigentes a la fecha conforme lo establecido en el referido mandato para todas las llamadas entregadas por NORTEK a TELEFÓNICA.

III. POSICIONES DE LAS PARTES:

Con respecto a este punto, el Cuerpo Colegiado se remite a lo expuesto en el Informe Instructivo.

¹ Consagrados en (i) la Resolución N° 432 – Normas Generales sobre Interconexión de la Comunidad Andina de Naciones;(ii) el Texto Único Ordenado de la Ley General de Telecomunicaciones y su Reglamento, aprobados mediante Decretos Supremos N° 013-93-TCC y 006-94-TCC; (iii) el Reglamento de Interconexión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-98-CD/OSIPTEL; y (iv) la Resolución Final N° 016-2001-CCO/OSIPTEL del 7 de diciembre del 2000 de la controversia promovida por Compañía Telefónica Andina S.A.

² Mediante este mandato se regula la relación de interconexión entre la red de telefonía fija de AT&T Perú S.A. y la red de telefonía fija de TELEFÓNICA y la red de telefonía móvil de Telefónica Móviles S.A.C.

IV. INFORME INSTRUCTIVO:

En el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica concluye lo siguiente:

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12° del mandato que regula la relación de interconexión entre la red de larga distancia de NORTEK y la red de telefonía fija de TELEFÓNICA aprobado por Resolución N° 002-99-GG/OSIPTEL (el Mandato NORTEK-TELEFÓNICA), y de conformidad con la normativa vigente, NORTEK tiene derecho de adecuar su mandato a los cargos de originación/terminación de llamadas más favorables establecidos en el Mandato ATT-TELEFÓNICA, para lo cual debe solicitar a TELEFÓNICA tal adecuación, no contando dicha solicitud con efectos retroactivos.
2. De la información comprendida en el expediente, se desprende que NORTEK no ha solicitado a TELEFÓNICA la referida adecuación. En lugar de ello, ha requerido al Cuerpo Colegiado que efectúe la misma. En tal sentido, al no haber solicitado a TELEFÓNICA la adecuación, y no haberse pronunciado el Cuerpo Colegiado sobre tal pretensión requiriendo a TELEFÓNICA la adecuación, el Mandato NORTEK-TELEFÓNICA no se ha modificado, y en consecuencia TELEFÓNICA no ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 35° del Reglamento de Interconexión, al no haber aplicado los cargos establecidos en el Mandato ATT-TELEFÓNICA.

V. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS:

1. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO:

Durante el Informe Oral llevado a cabo el 5 de diciembre de 2002, TELEFÓNICA solicitó la suspensión del proceso y presentó al Cuerpo Colegiado la Resolución N° 2 del Cuaderno Cautelar de fecha 3 de diciembre de 2002, emitida por el Tribunal Arbitral a cargo de resolver la impugnación del Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL (Mandato ATT-TELEFÓNICA) formulada por TELEFÓNICA (el Tribunal Arbitral)- Caso Arbitral N° 562-149-2001 (el Procedimiento Arbitral), mediante la cual declaró fundada en parte la medida cautelar solicitada por TELEFÓNICA, y suspendió los efectos que el Mandato ATT-TELEFÓNICA y el Mandato N° 001-2002-CD/OSIPTEL (Mandato IDT-TELEFÓNICA) respecto de la terminación de llamadas de larga distancia internacional.³

Asimismo, mediante escrito N° 5 presentado el 5 de diciembre de 2002, TELEFÓNICA formalizó su solicitud de suspensión del procedimiento, motivo por el cual corresponde al Cuerpo Colegiado pronunciarse sobre el particular en forma previa a su pronunciamiento final.

³ El Tribunal Arbitral otorgó una medida cautelar a TELEFÓNICA suspendiendo los efectos del Mandato ATT-TELEFÓNICA (– Mandato IDT- TELEFÓNICA) en el extremo que dispone la aplicación de cargos de interconexión por debajo del cargo tope, para las llamadas internacionales de larga distancia internacional que ingresen a la red de telefonía fija local de TELEFÓNICA, y como consecuencia de lo anterior dispone que los cargos por terminación de llamadas en la red fija local de TELEFÓNICA aplicables al mercado de larga distancia internacional, deben sujetarse a lo dispuesto por la Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL.

TELEFÓNICA sustenta su solicitud de suspensión en virtud de los siguientes fundamentos:

- De lo establecido en el artículo 139° de la Constitución Política del Estado Peruano⁴, el artículo 5° de la Ley General de Arbitraje⁵ y las Secciones 21.01 y 21.02 del Contrato de Concesión suscrito entre el Estado Peruano y TELEFÓNICA⁶ se desprende que los procesos arbitrales constituyen una excepción de la función jurisdiccional y en tal sentido, es absolutamente factible hablar de una función arbitral, a la cual le son aplicables las mismas garantías y obligaciones que respecto del Poder Judicial tiene la Administración Pública.
- La Constitución Política del Perú en el segundo numeral del artículo 139° señala que:
“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencia ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.”
- En la presente controversia, la Secretaría Técnica actuando como órgano instructor, ha establecido claramente la incompetencia de los Cuerpos Colegiados para dilucidar la legalidad de numerosas inconsistencias en el accionar del OSIPTEL en el procedimiento de fijación de cargos de interconexión.

⁴ El artículo 139° de la Constitución Política del Estado Peruano señala que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso por comisión o delegación.”

⁵ El artículo 5° de la Ley General de Arbitraje señala que:

“Arbitraje del Estado.- Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes.

Para los efectos de este artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.

Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidas a arbitraje nacional.”

⁶ La cláusula 21 del Contrato de Concesión suscrito entre el Estado Peruano y TELEFÓNICA señala que:

“Sección 21.01: Sometimiento

Cualquier controversia que surja de o en conexión con este CONTRATO, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, será resuelto amistosamente por las PARTES y en caso éstas partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar, la o las controversias serán finalmente resueltas mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima.

Ambas PARTES convienen en que el procedimiento arbitral no será iniciado o este no prosperará, para las controversias relativas a una materia o en relación a un asunto que pueda estar o esté pendiente de solución conforme a los procedimientos que este mismo CONTRATO establece.

Sección 21.02: Reglas, Domicilio, Idioma y Ley del Arbitraje

El arbitraje se llevará a cabo de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima y será conducido en idioma castellano.

La ley de arbitraje es la ley peruana.”

- De lo expuesto, se desprende que, aun cuando el procedimiento administrativo es un instrumento de gobierno y de control de la voluntad del Estado, la autoridad administrativa deberá abstenerse de emitir pronunciamiento alguno en aquellos casos en los que los administrados soliciten el pronunciamiento de la administración pública respecto de algún tema controvertido en el Poder Judicial o en su defecto por la jurisdicción arbitral.
- De esta forma, y tal como se desprende del segundo inciso del artículo 139° de la Constitución, así como del artículo 13° de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷, ninguna autoridad puede pronunciarse sobre aquellos temas que están siendo conocidos por la autoridad jurisdiccional o quien haga de sus veces, ni mucho menos interferir en el ejercicio de sus funciones.
- En virtud a lo antes expuesto, y debido a que OSIPTEL se considera incompetente para solucionar un elemento anterior y base de la presente controversia, el Cuerpo Colegiado debe proceder a la suspensión del procedimiento hasta que la instancia arbitral se pronuncie sobre los hechos controvertidos.

NORTEK por su parte, presenta el escrito N° 5 con fecha 7 de enero de 2003, oponiéndose a la solicitud de TELEFÓNICA, en virtud a los siguientes argumentos:

- El Convenio Arbitral obliga a las partes que lo han suscrito, por lo que el Laudo Arbitral únicamente afecta a TELEFÓNICA y a OSIPTEL.
- La presente controversia versa sobre la imposición de una sanción a TELEFÓNICA, por lo que el Cuerpo Colegiado debe ceñir su actuación a dilucidar si corresponde la aplicación de una sanción a TELEFÓNICA por violación de los principios que regulan las telecomunicaciones en el país.
- El pedido formulado por TELEFÓNICA para que suspenda la presente controversia es improcedente debido a que la impugnación del Mandato ATT-TELEFÓNICA se está conociendo ante el Poder Judicial.
- El Cuerpo Colegiado debe observar los plazos establecidos por el Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL (el Reglamento de Controversias).

Tal como se desprende de lo anterior, el argumento de TELEFÓNICA para solicitar la suspensión parte de considerar que para resolver esta controversia resulta aplicable lo establecido en el artículo 13° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En otras palabras, que se requiere de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto materia del presente proceso.

⁷ Artículo 13°.- Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina a litigio. (...)

Sobre el particular corresponde precisar lo siguiente:

El artículo 13° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que:

“Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. (...)”

Por su parte, la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) en su artículo 63° numeral 2 establece que *“Sólo por ley mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa”*.

De otro lado, el artículo 64° de la LPAG establece que:

*“64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en **sede jurisdiccional** una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado **que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo**, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.*

*64.2 Recibida la comunicación, y **sólo si** estima que **existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos**, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.(...)”* (Resaltado agregado).

De acuerdo con las normas antes citadas, para que un órgano administrativo pueda suspender un procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio, se requiere (i) que existan determinadas relaciones que deban ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo y que se estén tramitando en sede jurisdiccional y (ii) que exista estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Con relación al primer requisito, tal como se ha señalado anteriormente, en la presente controversia corresponde al Cuerpo Colegiado determinar si NORTEK tiene el derecho de adecuar su mandato a los cargos establecidos en el Mandato ATT-TELEFÓNICA, y si TELEFÓNICA ha incurrido en infracción administrativa al no haberlo adecuado.

De otro lado, de acuerdo con la Resolución N° 30 emitida por el Tribunal Arbitral del 21 de noviembre de 2002, presentada por TELEFÓNICA, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre la impugnación del Mandato ATT-TELEFÓNICA (y el Mandato IDT-TELEFÓNICA) y específicamente entre otros aspectos, respecto de si el esquema de reducción progresiva de cargos aprobado en el Mandato ATT-TELEFÓNICA infringe los Contratos de Concesión celebrados entre TELEFÓNICA y el Estado Peruano, si de conformidad con la Resolución N° 072-2001-CD/OSIPTEL, los cargos de interconexión establecidos en el referido mandato quedaron en suspenso, y si las resoluciones y mandatos

cuestionados por TELEFÓNICA que fijan el cargo de interconexión a partir del Mandato ATT-TELEFÓNICA son o no oponibles a TELEFÓNICA. En otras palabras, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre la validez de los cargos de originación/terminación en la red de telefonía fija establecidos en el Mandato ATT-TELEFÓNICA⁸ (y de IDT-TELEFÓNICA), es decir sobre los cargos de interconexión a los que NORTEK sostiene tener derecho a adecuar su mandato en la presente controversia.

La impugnación de los actos administrativos, sin embargo, no afecta su validez y legalidad; para ello se requeriría una resolución expresa en ese sentido. Por tal motivo, el que los referidos cargos estén siendo cuestionados por TELEFÓNICA ante el Tribunal Arbitral, no afecta su validez y legalidad, y mientras el Tribunal Arbitral no declare expresamente su invalidez o ilegalidad, éstos son, para todos los efectos, válidos y legales.

Siendo esto así, el Cuerpo Colegiado no requiere del pronunciamiento previo del Tribunal Arbitral para resolver sobre las materias objeto del presente procedimiento. Una interpretación como la que propone TELEFÓNICA otorgaría a la impugnación de los actos administrativos efectos que la ley no le otorga.

De otro lado, en relación a la estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos a que se refiere el artículo 64° de la LPAG, cabe señalar que la misma no se cumple puesto que en el procedimiento arbitral son TELEFÓNICA y OSIPTEL las partes del proceso, mientras que en el presente procedimiento son NORTEK y TELEFÓNICA.

De lo antes expuesto se desprende que en el presente caso no se cumplen con los requisitos para suspender el procedimiento. Por tal motivo, y tomando en consideración que el artículo 131° numeral 2 de la LPAG señala que *“Toda autoridad administrativa debe cumplir con los términos y plazos a su cargo(...)”*, este Cuerpo Colegiado considera que no corresponde suspender el procedimiento.

Con respecto a los argumentos expuestos por NORTEK, el Cuerpo Colegiado considera que no le corresponde cuestionar la competencia del Tribunal Arbitral. Por tal motivo, y sin perjuicio de lo antes señalado, el Cuerpo Colegiado considera que su pronunciamiento final debe tener en consideración y respetar lo ordenado por el Tribunal Arbitral en su Resolución de fecha 3 de diciembre de 2002.

Finalmente, por corresponder al derecho de TELEFÓNICA, debe ponerse en conocimiento de ésta el escrito N° 5 de NORTEK presentado el 7 de enero de 2003.

⁸ Es del caso precisar que si bien de acuerdo con el artículo 64° de la LPAG la entidad administrativa debe solicitar a la entidad que está conociendo el asunto en litigio correspondiente, en el presente caso, al haber presentado TELEFÓNICA la Resolución N° 30 mediante la cual se fijan los puntos controvertidos así como la Resolución N° 2 del Cuaderno Cautelar, y siendo OSIPTEL parte del referido procedimiento, se consideró que se contaba con suficiente información para resolver la solicitud de suspensión sin que fuera necesario solicitar mayor información al Tribunal Arbitral.

2. VÍA PROCESAL:

TELEFÓNICA señala en su contestación a la demanda que el procedimiento de controversias no es la vía correspondiente por cuanto no existen discrepancias entre NORTEK y TELEFÓNICA sino entre NORTEK y OSIPTEL.

Con relación a este punto, corresponde precisar que de los escritos presentados por las partes, la falta de acuerdo sobre sus posiciones refleja claramente la existencia de una controversia entre éstas.

De otro lado, de conformidad con el artículo 2° del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre empresas, aprobado por la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL (el Reglamento de Controversias), OSIPTEL es competente para conocer a través sus Cuerpos Colegiados en primera instancia, las controversias relacionadas con la interconexión y sus aspectos económicos.

En tal sentido, y debido a que el conflicto entre las partes versa sobre aspectos relacionados con cargos de interconexión, la competencia de OSIPTEL para conocer la presente controversia es inobjetable, por lo que lo afirmado por TELEFÓNICA carece de sustento jurídico.

VI. ANÁLISIS – COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA:

1. ALCANCES DEL DERECHO DE ADECUACIÓN DEL MANDATO NORTEK-TELEFÓNICA A LAS CONDICIONES MÁS FAVORABLES CONTENIDAS EN EL MANDATO ATT- TELEFÓNICA.

A fin de determinar si TELEFÓNICA ha incurrido en la infracción imputada por NORTEK, debe analizarse en primer lugar si NORTEK tenía derecho o no a acogerse al cargo más favorable establecido entre TELEFÓNICA y ATT para la interconexión de sus redes de telefonía fija.

El Reglamento de Interconexión, aprobado por la Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL, señala en su artículo 7° que *“Los contratos de interconexión deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia. Su ejecución debe realizarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes.”*

El artículo 10° de dicho Reglamento define el principio de igualdad de acceso en los siguientes términos: *“En virtud del principio de igualdad de acceso, los concesionarios u operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores de otros servicios que lo soliciten.”*

El citado principio se encuentra recogido también en el primer párrafo del artículo 108° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por

Decreto Supremo N° 006-94-TCC (el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), el cual establece que *“La interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones debe realizarse de acuerdo con el principio de igualdad de acceso, en virtud del cual los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectarse, acordando aspectos técnicos, económicos, tarifarios, de mercado de servicios y otros, en condiciones de igualdad para todo operador de servicios de la misma naturaleza que lo solicite.”*

De otro lado, el Reglamento de Interconexión establece en su artículo 25° que *“En virtud de los principios a que se refiere el Artículo 7° del presente Reglamento, los contratos de interconexión incluirán una cláusula que garantice la adecuación, de ser el caso, de los cargos de acceso y/o condiciones económicas que les fueren aplicables, cuando una de las partes negocie con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos de acceso y/o condiciones económicas más favorables que los acordados en contratos previos para una interconexión equivalente.”*

Por su parte el Mandato N° 001-2001-GG/OSIPTEL, que regula la relación de interconexión entre la red de larga distancia de NORTEK y la red fija de TELEFÓNICA (Mandato NORTEK-TELEFÓNICA), en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 25° del Reglamento de Interconexión, establece en su artículo 12° que:

“Las condiciones técnicas y económicas establecidas en el MANDATO, tales como los cargos de interconexión o el régimen de tasación, se adecuarán a los cambios de régimen y a la normativa que apruebe OSIPTEL.

*Asimismo, **los cargos y condiciones económicas se adecuarán automáticamente cuando una de las partes acuerde con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos o condiciones más favorables**, para la otra parte, que los establecidos en el MANDATO.”*

De acuerdo con las normas antes expuestas, las empresas tienen derecho de acogerse a las mismas condiciones que su contraparte tuviera en una relación de interconexión con una tercera empresa, en cuyo caso y tratándose de condiciones económicas, procedería la adecuación de conformidad con el artículo 25° cuando (i) la contraparte hubiera pactado una condición económica más favorable con una tercera empresa; y (ii) las interconexiones sean equivalentes.

a. Condición económica más favorable:

Con respecto a la primera condición, corresponde señalar que en el presente caso la condición más favorable a la que NORTEK pretende adecuar su mandato⁹, fue establecida en un mandato de interconexión, y en consecuencia no se deriva de un acuerdo entre las partes.

⁹ Si bien en el presente caso, resulta evidente que la condición a la que NORTEK pretende adecuarse, debe señalarse que no es necesario acreditar que efectivamente la condición a la cual una empresa busca acogerse es más favorable, sino que basta que la empresa en cuestión la invoque como tal. Esto en función de la definición del principio de igualdad de acceso.

Siendo ésta la situación, corresponde determinar si las normas de adecuación antes citadas pueden aplicarse también a aquellas condiciones más favorables que se deriven de mandatos de interconexión.

Sobre el particular, la Secretaría Técnica concluye en el Informe Instructivo que, al prever nuestra legislación la emisión de mandatos en sustitución de los acuerdos de voluntades cuando éstos no se producen o los mismos contravienen la normativa vigente, tanto los mandatos como los contratos deben de sujetarse a las mismas normas y respetar los principios que rigen la interconexión. En ese sentido, las normas sobre adecuación deben aplicarse también respecto de condiciones aprobadas en los mandatos.

TELEFÓNICA, por su parte, cuestiona la interpretación realizada por la Secretaría Técnica, y señala que las normas sobre adecuación únicamente resultan aplicables respecto de condiciones económicas más favorables derivadas de un contrato de interconexión, y no de condiciones emanadas de un mandato, en virtud a los argumentos que se resumen a continuación:

- Los artículos 7° y 25° del Reglamento de Interconexión se refieren única y expresamente a los contratos de interconexión, así como el artículo 12° del Mandato NORTEK-TELEFÓNICA se refiere exclusiva y excluyentemente al caso de un nuevo y válido acuerdo entre dos operadores, no siendo equiparable un acuerdo entre las partes a un acto administrativo, por lo que no se puede inferir que dichas normas sean aplicables a los mandatos.
- Del análisis del artículo 7° del Reglamento de Interconexión no puede inferirse que es también aplicable a los mandatos *“Puesto, que son los operadores dentro de un determinado mercado quienes tienen los incentivos para actuar de forma contraria a principios de libre competencia, no es pues un precepto que deba ser aplicado al Regulador, pues no cabría situación más inimaginable que un órgano de la Administración Pública discriminando, creando barreras de entrada, violando el principio de neutralidad o estableciendo inequidad en el acceso.”*
- Una lectura como la que plantea la Secretaría Técnica – según la cual se aplique los mencionados artículos a los mandatos – *“(…) es inaceptable, pues es evidente que nos encontramos no ante dos actos iguales, ni siquiera parecidos, por el contrario son dos situaciones distintas, y que corresponden a una naturaleza diferente. Salvo que pretenda decirnos la Secretaría Técnica que el OSIPTEL es un cuasi operador, que los mandatos son cuasi contratos y que cuasi tiene todos los incentivos perversos que seducen de vez en cuando a los operadores del mercado.”*
- No es posible ni equitativo que se pacten diferentes normas en contratos y en mandatos. Sin embargo, no ha sido TELEFÓNICA quien se ha zafado de tales principios, sino el propio OSIPTEL al momento de establecer condiciones inequitativas dentro del mercado.

Al respecto, corresponde señalar lo siguiente:

- 1) Tal como lo señala la Secretaría Técnica en su informe la interconexión es una materia de interés público y por consiguiente es obligatoria, siendo además condición esencial de la concesión de los servicios públicos de telecomunicaciones.¹⁰

Por tal motivo, en nuestro país se consideró necesario regular las relaciones de interconexión y adoptar el sistema de negociación supervisada según el cual constituye requisito de validez de los contratos de interconexión la aprobación previa por parte de OSIPTEL. Asimismo, se consideró necesario regular la relación de interconexión en aquellos casos en los que las partes no llegasen a un acuerdo respecto de los términos de la relación o el mismo no se ajustase a la normativa vigente. En tales casos, la normativa ha dispuesto la emisión de un mandato de interconexión, el mismo que sustituye la voluntad de las partes.

En tal sentido, al sustituir los mandatos a los contratos, les resultan aplicables las normas establecidas para los contratos.¹¹

Sostener lo contrario implicaría que la propia normativa vigente estaría creando una situación de discriminación, al establecer diferencias entre los operadores según su relación de interconexión esté regulada por un contrato o un mandato, diferencias que podrían favorecer o perjudicar a los operadores en función a la naturaleza del acto que regule su relación de interconexión. Una interpretación en tal sentido, implicaría que la propia normativa estaría violando los mismos principios según los cuales establece que deben regular las relaciones de interconexión..

Ahora bien, no obstante que lo óptimo es que los mandatos y contratos reciban el mismo tratamiento legal, existen aspectos que debido a su naturaleza diferente –acto administrativo versus acuerdo de voluntades— no pueden ser regulados de la misma manera.

Sin embargo, debido a que la justificación para diferenciar en cuanto a la regulación a los mandatos y contratos se deriva de su diferente naturaleza –como la propia TELEFÓNICA lo reconoce¹²—, dicha

¹⁰ Artículo 7° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 013-93-TCC: *“La interconexión de las redes y los servicios públicos de telecomunicaciones es de interés público y social.”*

Artículo 106° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 006-94-TCC: La interconexión de las redes de los servicios públicos de telecomunicaciones entre sí, es de interés público y social y, por lo tanto, es obligatoria. La interconexión es una condición esencial de la concesión.

Artículo 4° del Reglamento de Interconexión, aprobado por Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL, *“La interconexión es de interés público y social y por lo tanto es obligatoria, en los términos de la Ley, del Reglamento General, del Reglamento de OSIPTEL, del presente reglamento y del ordenamiento legal aplicable.”*

¹¹ Debido a que nuestra legislación considera a la emisión de mandatos como mecanismo excepción para los casos en los cuales las partes no lleguen a un contrato, la mayor parte de la regulación cuando hacer referencia a la fuente de las relaciones de interconexión se refiere a contratos.

¹² TELEFÓNICA en su escrito N° 2 de fecha 13 de noviembre, sustenta su posición respecto de la no aplicación de las normas sobre adecuación respecto de condiciones establecidas en mandatos de interconexión, en virtud de la diferente naturaleza de los contratos y mandatos de interconexión.

diferenciación tendrá sustento únicamente **cuando una norma establecida para contratos de interconexión resulte incompatible con la naturaleza jurídica de un mandato**, y viceversa.

En tal sentido, a fin de determinar si los artículos 7° y 25° del Reglamento de Interconexión y 12° del Mandato NORTEK-TELEFÓNICA resultan aplicables a los mandatos, debe determinarse si la aplicación de dichos artículos es incompatible con la naturaleza de acto administrativo del mandato de interconexión.

- 2) Con relación a la aplicación del artículo 7° a los mandatos, el Cuerpo Colegiado considera que la naturaleza de acuerdo de voluntades del contrato versus la naturaleza de acto administrativo del mandato no impide ni justifica que se prive a las empresas cuya relación de interconexión se regula por un mandato, **de la garantía que implica que su relación de interconexión se sujete a los principios citados en el referido artículo**. El hecho de que la administración pública no tenga los incentivos que podrían tener las empresas para vulnerar los mencionados principios – como lo señala TELEFÓNICA - no hace que el citado artículo sea incompatible con la naturaleza de acto administrativo del mandato, tanto así que la propia TELEFÓNICA acusa al regulador de haber vulnerado tales principios, contradiciendo de esta manera su propio argumento.¹³

Por tal motivo, el Cuerpo Colegiado considera que los principios a los que se refiere el artículo 7° - y en particular el principio de igualdad de acceso definido en el artículo 10° del mismo reglamento- son aplicables respecto de las condiciones establecidas en los mandatos de interconexión.

- 3) Con relación a la aplicación del artículo 25° del Reglamento de Interconexión, debe precisarse que éste no establece expresamente el derecho de los operadores de acogerse a la condición más favorable, sino que en aplicación de dicho derecho, determina la obligación de las

Como parte de dicha sustentación señala que *“Por tanto, los mandatos de interconexión sustituyen la voluntad contractual de los particulares, constituyendo manifestaciones unilaterales de voluntad por parte de un órgano de la administración pública, en ejercicio de su función administrativa, que tiende a producir efectos directos sobre determinadas situaciones de los administrados. Desde este punto de vista el mandato de interconexión se encuentra comprendido dentro del concepto de acto administrativo previsto actualmente en el Artículo 1° numera 1.1. de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.*

Por tanto, no es posible, utilizando alguno de los métodos de interpretación del Derecho aceptados (...) equiparar a un acto jurídico que se plasme a partir de la voluntad de las partes con otro acto jurídico unilateral que tiene la naturaleza de un acto administrativo que se imponga a las partes en virtud de una disposición específica del marco normativo.

En este punto, es válido concluir, contrariamente a lo expresado por la Secretaría Técnica, desde un análisis eminentemente técnico que los mandatos de interconexión se encuentran comprendidos en los artículos 7° y 25° del Reglamento de Interconexión.” (Sic) (Resaltado agregado).

¹³ Con relación a este punto debe señalarse que TELEFÓNICA se contradice, puesto que por un lado afirma que los principios a los que refiere el artículo 7° del Reglamento de Interconexión no son aplicables a los mandatos por cuanto *“(…) no cabría situación mas inimaginable que un órgano de la Administración Pública discriminando, creando barreras de entrada, violando en principio de neutralidad o estableciendo inequidad en el acceso.”*; mientras que por otro lado, para sustentar otro punto, sostiene que *“(…) no ha sido TELEFÓNICA quien se ha zafado de tales principios, sino el propio OSIPTEL al momento de establecer dichas condiciones inequitativas dentro del mercado, al establecer prácticamente a placer condiciones novedosas y cláusulas inéditas cada vez que ante la ausencia de pacto las partes recurren a él con la intención de que emita un nuevo Mandato”* (Resaltado agregado). Lo expuesto por la propia TELEFÓNICA, revela la falta de sustento del argumento de dicha empresa.

empresas de incluir en sus contratos – para determinados supuestos - un procedimiento de modificación de los mismos distinto del procedimiento regular consagrado en la normativa vigente¹⁴.

Es decir, establece la obligación de crear una vía excepcional y más expeditiva para modificar las condiciones económicas de las relaciones de interconexión en aquellos casos en los que la contraparte brinde condiciones económicas más favorables a una tercera empresa, en la que no resulte necesario la celebración de un nuevo acuerdo entre las partes, ni la emisión de un mandato por parte del regulador

Tomando en consideración lo antes expuesto, y debido a que el derecho de adecuarse surge de los principios a los que se refiere el artículo 7°, que tal como se ha mencionado anteriormente no son incompatibles con la naturaleza de acto administrativo de los mandatos, y por consiguiente son aplicables a éstos, el artículo 25° también resulta aplicable respecto a las condiciones económicas más favorables establecidas en los mandatos.

- 4) Finalmente, con relación a la facultad del regulador de establecer vía mandato condiciones más favorables a las acordadas por las partes para esa relación de interconexión¹⁵ o a las acordada por alguna de ellas en otras relaciones de interconexión – específicamente, la facultad del regulador de establecer un cargo por debajo del cargo tope en un mandato -, corresponde precisar que un cuestionamiento en este sentido es un cuestionamiento directo a lo establecido en el mandato, siendo el procedimiento correspondiente para tal efecto el de apelación del mandato.

Tal como lo ha señalado la propia TELEFÓNICA, dicha empresa apeló el mandato, siendo dicha apelación desestimada por el Consejo Directivo de OSIPTEL, encontrándose actualmente el tema en arbitraje.

En tal sentido, existiendo las vías adecuadas para cuestionar los mandatos, y existiendo ya un pronunciamiento de OSIPTEL sobre el particular, no corresponde al Cuerpo Colegiado cuestionar la legalidad del establecimiento de un cargo menor al tope a través del mandato de interconexión en cuestión, ni su validez y vigencia.

En virtud de los argumentos expuestos, el Cuerpo Colegiado acoge lo señalado en el Informe Instructivo y concluye, que los artículos 7° y 25° del Reglamento de Interconexión y el artículo 12° del Mandato NORTEK-TELEFÓNICA, sí resultan aplicables a los casos en los cuales las condiciones más favorables invocadas se encuentren estipuladas en mandatos de interconexión. En consecuencia, en el presente caso se

¹⁴ De acuerdo con el Reglamento de interconexión - artículos 35°, 36°, 37°,39°,41°, 46° y 47° - , a fin de establecer o modificar una relación de interconexión, las partes deben celebrar un contrato, y de no llegar a un acuerdo válido dentro del plazo establecido por dicho reglamento, pueden solicitar a OSIPTEL la emisión de un mandato. En tal sentido, a efecto de ejecutar su derecho a obtener las mismas condiciones que la empresa con la cual quieren interconectarse, o modificar las establecidas con su contraparte en una relación de interconexión, tendría que seguirse dicho procedimiento.

¹⁵ Se entiende acordadas en un contrato no aprobado por OSIPTEL por no ajustarse a la normativa vigente en alguno de sus aspectos.

cumple con la primera condición establecida en las normas sobre adecuación.

b. Relación de interconexión equivalente:

Aclarados los alcances de la primera condición, corresponde determinar qué debe considerarse como interconexión equivalente y, específicamente, si para efectos del establecimiento del cargo de terminación en red de telefonía fija, una interconexión entre una red de larga distancia y una de telefonía fija es equivalente a la interconexión entre dos de telefonía fija.

En el Informe Instructivo se concluye que la interconexión regulada por el Mandato ATT-TELEFÓNICA es equivalente a la establecida entre la red de larga distancia de NORTEK y la red de telefonía fija de TELEFÓNICA en lo relativo al cargo de interconexión, por ser el costo de terminación en la red fija el mismo en ambos casos.

TELEFÓNICA por su parte sostiene que no puede considerarse equivalente una interconexión entre una red de larga distancia y una red de telefonía fija y una interconexión entre dos redes de telefonía fija local, por los argumentos que se resumen a continuación:

- El numeral 48 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones del Perú, aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC (los Lineamientos de Apertura), se refiere únicamente a la fijación del cargo tope por parte del regulador.
- El referido numeral no señala que deba de existir un cargo único sino que, cuando el regulador establezca un cargo tope, éste será único.
- Tampoco determina, para efectos de la aplicación del principio de igualdad de acceso, que las referidas relaciones de interconexión sean iguales.
- De acuerdo con el artículo 71° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (la Ley de Telecomunicaciones), norma de mayor rango, la obligación de aplicar condiciones iguales sólo surge cuando existen prestaciones equivalentes en las distintas operaciones de interconexión.
- Por interconexiones equivalentes debe entenderse operaciones de interconexión (emanadas de acuerdos de interconexión) que en su conjunto presenten la misma estructura técnica, económica, comercial, etc.
- No es posible equiparar prestaciones con costos, tampoco entender prestaciones equivalentes por cargos de interconexión equivalentes, pues la interconexión, lejos de agotarse en el compromiso de pagar tales

cargos, involucra otros compromisos de carácter técnico, comercial, económico, etc.

Sobre el particular corresponde señalar lo siguiente:

- El artículo 13° del Reglamento de Interconexión, recogido en el numeral 44 de los Lineamientos de Apertura, señala que *“Los operadores de redes o servicios interconectados, se pagarán entre sí cargos de acceso, en relación a las instalaciones, que acuerden brindarse para la interconexión. **Tales cargos serán aprobados por OSIPTEL y serán iguales a la suma de: (i) los costos de interconexión, (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local, y (iii) un margen de utilidad razonable.**”* (El resaltado es nuestro).
- El numeral 48 de los Lineamientos de Apertura establece que *“Al definirse los cargos de interconexión por defecto debe establecerse un solo cargo de interconexión a nivel local sin diferenciar entre llamadas entrantes y salientes, ni locales y larga distancia nacional e internacional, pues ello genera distorsiones y arbitrajes que desnaturalizan el objetivo perseguido por este tipo de diferenciaciones. Asimismo, este cargo de interconexión será único por departamento (nueva área local) por la terminación de la llamada.”* (El resaltado es nuestro).
- Lo señalado en los párrafos precedentes se encuentra recogido en la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSIPTEL que establece el cargo de interconexión tope para la terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija, la cual establece que *“El cargo de interconexión tope promedio ponderado por minuto de tráfico eficaz para la terminación de llamadas en la red de telefonía fija local por todo concepto **con todos los servicios públicos de telecomunicaciones** es de US\$ 0,01400 sin incluir el Impuesto General a las Ventas.”* (El resaltado es nuestro).

De las citadas normas se desprende que:

- a. Si bien el numeral 48 de los Lineamientos de Apertura se refiere a la fijación del cargo tope por parte del regulador tal como lo señala TELEFÓNICA, y no limita el establecimiento de cargos menores al cargo tope, de éste se desprende que el costo de terminar una llamada en la red de telefonía fija es el mismo sin importar de que red proviene dicha comunicación.
- b. Adicionalmente, de acuerdo con el numeral 48 antes citado, diferenciar entre llamadas locales y de larga distancia genera distorsiones y arbitrajes que desnaturalizan el objetivo perseguido por este tipo de diferenciaciones. Es decir, no sólo no existe justificación económica para hacer tal tipo de diferenciaciones, sino que el hacerlas resulta perjudicial para el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

- c. De otro lado, de conformidad con los Lineamientos de Apertura y el Reglamento de Interconexión, los cargos de interconexión deben ser fijados en función a costos más un margen de utilidad razonable. En tal sentido, si el costo de terminar en una red de telefonía fija local una llamada proveniente de otra red de telefonía fija local es el mismo que el de terminar una llamada proveniente de una red de larga distancia, el cargo de interconexión debiera ser el mismo.
- d. Lo expuesto anteriormente no quiere decir que las empresas no puedan pactar cargos menores o que, habiéndose pactado en el mercado un cargo menor, no puedan optar por aplicar a su relación de interconexión el cargo tope. Lo que quiere decir es que no existe justificación económica para otorgar cargos de interconexión diferentes según la red de la cual provenga o hacia la cual se dirija la comunicación.
- e. Por otra parte, la prestación involucrada en ambas relaciones de interconexión es la **terminación de llamadas en la red de telefonía fija**, es decir, la prestación no sólo es equivalente sino que es la misma, con lo cual se cumpliría estrictamente con lo dispuesto en el artículo 71° de la Ley de Telecomunicaciones invocado por TELEFÓNICA.
- f. De otro lado, como se ha mencionado, el Reglamento de Interconexión establece expresamente los conceptos a tomarse en consideración para la fijación de cargos de interconexión, no incluyendo a otros compromisos de carácter técnico, comercial o económicos que señala TELEFÓNICA para sustentar la diferenciación de cargos. Es decir, los cargos de interconexión se fijan independientemente de los otros compromisos que se establezcan en el contrato o en el mandato.
- g. Adicionalmente, en el Mandato de Interconexión ATT-TELEFÓNICA se señala expresamente que el esquema de cargos es producto del estudio de costos desarrollado por Strategic Policy Research, no desprendiéndose del Mandato que se haya tomado en consideración en dicho esquema ninguno de los conceptos señalados por TELEFÓNICA para justificar que dichos cargos únicamente pueden ser aplicables para la interconexión entre redes de telefonía fija.
- h. Finalmente, TELEFÓNICA no detalla cuáles son estos supuestos compromisos de carácter técnico, comercial o económicos particulares de una relación de interconexión que justificarían la aplicación de cargos diferenciados según las redes en las cuales la comunicación se origine.

Debido a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que las relaciones de interconexión entre dos redes de telefonía fija y las relaciones de interconexión entre una red de telefonía fija y una red de larga distancia, en lo relativo al cargo de terminación de llamadas en las redes fijas, son equivalentes, y en consecuencia corresponde aplicar el principio de igualdad de acceso y las normas sobre adecuación, careciendo de sustento legal lo argumentado por TELEFÓNICA.

Esta posición- la misma que es desarrollada en el Informe Instructivo- coincide con la posición que otras instancias de OSIPTEL han adoptado en anteriores oportunidades, y es específicamente recogida en la Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL¹⁶ y en el Mandato de Interconexión Mandato IDT- TELEFÓNICA¹⁷.

En conclusión, debido a lo indicado el Cuerpo Colegiado acoge lo señalado en el Informe Instructivo, y concluye que NORTEK tiene derecho a acogerse a los cargos de terminación en la red de telefonía fija establecidos en el Mandato ATT- TELEFÓNICA

2. EJECUCIÓN DEL DERECHO DE ADECUACIÓN - Interpretación de los artículos 25° del Reglamento de Interconexión y 12° del Mandato de Interconexión entre TELEFÓNICA y NORTEK:

Habiendo concluido que NORTEK tiene derecho de acogerse a los cargos de terminación de llamada que TELEFÓNICA tiene establecidos con ATT, corresponde determinar qué se requiere para que se produzca la adecuación del Mandato NORTEK-TELEFÓNICA.

Con relación a este tema, el Informe Instructivo concluye que, para que se produzca la adecuación, la empresa interesada debe solicitarla a su contraparte.

NORTEK contradice lo señalado y sostiene que la legislación –incluyendo la normativa en materia de telecomunicaciones— debe guardar una lógica jurídica, es decir ser coherente y armoniosa; y siguiendo con dicha lógica jurídica, coherencia y armonía, los artículos 10° del Reglamento de Interconexión y 12° del Mandato NORTEK-TELEFÓNICA deben de interpretarse concordadamente, siendo la interpretación correcta la siguiente:

“Lo que las normas concordadas en cuestión dice es que el operador que solicita la interconexión de sus servicios debe de hacerlo en las mismas

¹⁶ Mediante dicha resolución se aprobó el contrato de interconexión suscrito entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH en el que las partes pactaron cargos diferenciados para la determinación en la red fija de TELEFÓNICA según la red de la que provinieran las llamadas (red de telefonía fija de BELLSOUTH: US\$0,0168; otras redes: US\$0,029). En dicha resolución se señaló expresamente que el acuerdo relativo al cargo por terminación de llamada en la red de telefonía fija de US\$0,029 si la llamada provenía de o terminara en cualquier otra red, no podía afectar a operadores que no hubieran suscrito el contrato, los mismos que se podían acoger a las mejores prácticas.

¹⁷ Mediante dicho mandato se reguló la relación de interconexión entre las redes de los servicios portadores la relación de interconexión entre la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de IDT Perú S.R.L. con la red del servicio de telefonía fija local y portador de larga distancia de TELEFÓNICA, en el cual se recogió la tabla de cargos de originación/terminación de llamadas establecido en el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL.

El Consejo Directivo de OSIPTEL fundamentó su decisión en lo siguiente:

“Asimismo, el numeral 48 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones en el Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC, establece que los cargos de interconexión constituyen cargos únicos sin diferenciar entre llamadas entrantes y salientes, ni locales y larga distancia nacional e internacional, pues ello genera distorsiones en el mercado como estímulo al by-pass y la existencia de subsidios cruzados.

En consecuencia, considerando que las funciones utilizadas para la terminación de llamada en la red del servicio de telefonía fija local son las mismas independientemente de las redes adicionales que intervienen en una comunicación, y por lo tanto, desde el punto de vista de los costos, no existe argumentación económica que justifique la diferenciación de cargos por terminación de llamada en una misma red, corresponde establecer en el presente Mandato de Interconexión que el cargo de terminación de llamada en la red del servicio de telefonía fija local a aplicarse es de US\$ 0,0115 por minuto de tráfico eficaz.” (El resaltado es nuestro).

condiciones que las establecidas entre los concesionarios u operadores interconectados. Y si una vez interconectados, alguno de los operadores establecen condiciones de interconexión más beneficiosas (cargos más baratos) con otro operador, deben trasladar (ADECUAR) AUTOMÁTICAMENTE ese mismo beneficio a todas sus relaciones de interconexión.” (Sic.) (Resaltado agregado).

Sobre el particular corresponde señalar que a fin de determinar si debe o no mediar solicitud para la ejecución del derecho de adecuación, corresponde interpretar lo establecido en el artículo 12° del Mandato NORTEK-TELEFÓNICA¹⁸ – “*adecuación automática*” de condiciones económicas – en función de lo dispuesto por los artículos 10° y 25° del Reglamento de Interconexión y tomando en consideración el resto de la normativa de telecomunicaciones, específicamente en materia de interconexión. Es decir, interpretar el artículo del mandato tomando en función de las normas en virtud de las cuales fue dictado.

El artículo 25°, tal como se ha señalado anteriormente, establece la obligación de incluir en los contratos y mandatos una vía excepcional de modificación de éstos que garantice el cumplimiento de las obligaciones y derechos derivados de los principios comprendidos en el artículo 7° del Reglamento de Interconexión.

El artículo 12° del Mandato NORTEK-TELEFÓNICA recoge la obligación establecida en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión y el derecho derivado de los referidos principios. Siendo esto así, para interpretar dicho artículo y en consecuencia a que se refiere por “*adecuación automática*”, es necesario determinar los alcances de las obligaciones y derechos derivados de los principios antes citados.

El artículo 7° del Reglamento de Interconexión establece que los contratos de interconexión deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia.

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

El principio de igualdad de acceso, definido en el artículo 10° del Reglamento de Interconexión, establece la obligación de las empresas operadoras de interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores de otros servicios que lo soliciten. Es decir, liga la obligación derivada del citado principio a la solicitud de acceso a la condiciones otorgadas a otras empresas.

En tal sentido, y debido a que el artículo 12° del Mandato NORTEK-TELEFÓNICA se basa en la referida obligación, cuando establece que la

¹⁸ “(...)los cargos y condiciones económicas se adecuarán automáticamente cuando una de las partes acuerde con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos o condiciones más favorables, para la otra parte, que los establecidos en el MANDATO.”.

adecuación es automática, no puede referirse a que no requiere de solicitud, puesto que iría en contra del principio en el cual se fundamenta.

Adicionalmente, una interpretación en tal sentido, generaría los problemas expuestos en el Informe Instructivo, puesto que de conformidad con los artículos 21° y 23° del Reglamento de interconexión¹⁹ los cargos y condiciones económicas a comparar pueden no estar referidos a una misma unidad de medida, y por lo tanto, no ser posible realizar una comparación directa entre los mismos que permita determinar a priori si uno de es más beneficioso que otro.²⁰

Debido a lo antes mencionado el Cuerpo Colegiado acoge lo dispuesto por el Informe Instructivo, respecto a la interpretación de “adecuación automática”, y a los problemas que una interpretación como la planteada por NORTEK generaría.

Es decir, el Cuerpo Colegiado considera que por “adecuación automática” debe de entenderse que basta la presentación de la solicitud para que el contrato o mandato quede automáticamente modificado, sin que sea necesario la aceptación de la otra parte, ni el pronunciamiento de OSIPTEL.

Con respecto a la interpretación realizada por NORTEK, debe señalarse que dicha empresa parece entender que cuando el artículo 10° habla de “solicitud” se refiere a la solicitud de interconexión, lo cual no sólo es incorrecto, sino que además presenta los siguientes problemas:

- a. Si la solicitud a la que se refiere el artículo 10° del Reglamento de Interconexión se entiende por solicitud de interconexión, el principio de igualdad de acceso, y en consecuencia las obligaciones y derechos que emanan de el, se restringirían al momento en que solicita la interconexión, excluyendo en consecuencia su aplicación una vez establecida la relación de interconexión.

¹⁹ “Artículo 21°.-Son modalidades de cargos de acceso, las siguientes:

- a) Por tiempo de ocupación de las comunicaciones debidamente completadas y/o volumen de información.
- b) Cargos fijos periódicos.

Se podrá adoptar una modalidad distinta de la precedentemente indicadas. El operador que solicite tal modalidad deberá demostrar que ésta es mas eficiente que las señaladas anteriormente.”

“Artículo 23°.- Los operadores de las redes o servicios a interconectarse pueden acordar otorgarse descuentos a los cargos de acceso, por volumen de tráfico o por horarios en que éste se cursa. En cualquier caso, tales acuerdos respetarán el principio de no discriminación.”

²⁰ Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 10° del Reglamento de Interconexión debe de interpretarse en concordancia con el resto de la normativa de telecomunicaciones, y específicamente en materia de interconexión.

Para realizar tal interpretación, y determinar los alcances de los citados artículos es necesario abstraerse del caso concreto y llegar a una interpretación que cubra todos los supuestos cubiertos por éstos, puesto que una interpretación que cubra un solo supuesto de varios, no guardaría la lógica jurídica ni la coherencia que NORTEK invoca en sus alegatos.

Por tal motivo, el Cuerpo Colegiado considera que para interpretar las normas en cuestión debe tomarse en consideración lo establecido por los artículos 21° y 23° del Reglamento de Interconexión. Es decir, debe tomarse en consideración que si bien en algunos casos en los que se pretenda la adecuación en los cuales será evidente cual es la condición mas favorables, existirán otros en los cuales dicha determinación no será tan sencilla de realizar.

En tal sentido, y tomando en consideración que no cabe distinguir donde la norma no distingue, la interpretación de los artículos 25° del Reglamento de Interconexión y 12° del Mandato NORTEK-TELEFÓNICA, debe cubrir ambos supuestos, a fin de guardar la mencionada lógica jurídica y coherencia normativa.

Por tal motivo, el Cuerpo Colegiado acoge el análisis y conclusiones a las que llega el Informe Instructivo respecto de los problemas que una interpretación como la planteada por NORTEK presentaría y los motivos por los cuales dicha interpretación no puede ser correcta.

En tal sentido, el Cuerpo Colegiado concluye que por “adecuación automática” no puede entenderse que la empresa que tiene establecida con otra una condición mas favorable, deba aplicar unilateralmente en su relación de interconexión con la empresa que pretenda acceder a ésta, el cargo o condición económica que estime mas beneficioso para ésta. Una interpretación en este sentido, no es coherente con el resto de la normativa por cuanto no toma en consideración todos los casos cubiertos por las normas.

Es decir, la empresas no tendrían la obligación de otorgar las mismas condiciones que otorguen a otras empresas una vez establecida la relación de interconexión, y por lo tanto las empresas no tendrían derecho de solicitar la adecuación de sus contratos o mandatos en virtud del referido principio.

- b. Una interpretación en este sentido, contradice los objetivos de la regulación así como lo dispuesto en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión, según el cual la obligación de adecuar los contratos o mandatos a las condiciones más favorables pactadas por una de las partes con un tercero, se deriva – entre otros – del principio consagrado en el mencionado artículo 10°.
- c. Por la misma razón, de acuerdo con dicha interpretación, el artículo 25° del Reglamento de Interconexión, y en consecuencia el artículo 12° del Mandato NORTEK-TELEFÓNICA, no tendrían sustento jurídico.
- d. Adicionalmente, la interpretación de NORTEK no sólo distingue donde la norma no lo hace, sino que le da un significado al término “solicitud” que la norma no le otorga.
- e. Finalmente, NORTEK interpreta el artículo 10° del Reglamento de Interconexión en función de lo establecido en el artículo 12° del Mandato NORTEK – TELEFÓNICA, y no a la inversa como corresponde, al ser el primero una norma de carácter general y el segundo una norma de carácter particular, la cual además se deriva de las obligaciones y derechos consagrados en el primero.

Debido a lo expuesto, el Cuerpo Colegiado considera que la interpretación de NORTEK es errónea y no se ajusta a derecho.

En consecuencia, el Cuerpo Colegiado concluye que para que NORTEK pueda acogerse a las condiciones más favorables vigentes entre TELEFÓNICA y ATT, tendría que solicitar la adecuación de su mandato a dichas condiciones, en cuyo caso éste quedaría adecuado a partir de aquella fecha.

3. PRECEDENTE: CONTROVERSIA INICIADA POR TELEANDINA CONTRA TELEFÓNICA – Expediente N° 004-2001:

Habiendo quedado establecida la posición del Cuerpo Colegiado respecto de los alcances de las normas sobre adecuación de contratos y mandatos, corresponde analizar el argumento de NORTEK relativo a la aplicación de la Resolución del Cuerpo Colegiado en la controversia seguida por TELEANDINA contra TELEFÓNICA, como precedente de observancia obligatoria.

Tal como se ha señalado, NORTEK invoca la aplicación del criterio establecido en la mencionada resolución, argumentando que dicha resolución no sólo ha quedado firme en la vía administrativa en virtud del silencio administrativo negativo, el cual habría operado por no haberse pronunciado la segunda instancia sobre la apelación de la referida resolución en el plazo correspondiente, sino que además constituiría precedente de observancia obligatoria, y por lo tanto

el presente Cuerpo Colegiado no debería apartarse de los criterios establecidos en la referida resolución.

Sobre el particular, y antes de evaluar dicha posición, corresponde señalar lo siguiente:

- Con fecha 11 de julio de 2001, TELEANDINA interpuso demanda en contra de TELEFÓNICA para que (i) en cumplimiento con los principios de no discriminación e igualdad de acceso consagrados en la normativa vigente, TELEFÓNICA traslade a TELEANDINA los menores cargos desagregados de terminación en el área local acordados con BELLSOUTH según el contrato de interconexión de redes de fecha 26 de julio de 2000 y que fuera aprobado por Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL; (ii) el Cuerpo Colegiado ordene la aplicación del cargo pactado por la demandada y BELLSOUTH a las liquidaciones de tráfico que corresponda a partir del 26 de julio del 2000, para todas las llamadas entregadas por TELEANDINA a TELEFÓNICA para terminar en las redes locales; (iii) TELEFÓNICA emita la nota de crédito que corresponda a favor de TELEANDINA, por la aplicación del cargo único para todas las llamadas entregadas por ésta; y (iv) el Cuerpo Colegiado imponga a TELEFÓNICA una multa por la comisión de una infracción muy grave.
- El Cuerpo Colegiado resolvió declarando fundada la demanda por considerar que en casos donde la determinación de la condición mas favorable resulta tan evidente como en el caso en cuestión, la aplicación automática de la condición más favorable debía de operar inmediatamente, sin que sea requisito el intercambio de comunicación alguna.²¹
- Dicha Resolución fue apelada por ambas partes con fecha 19 de diciembre de 2001. Al no haber sido designado el Tribunal de Solución de Controversias, segunda instancia administrativa, no se emitió la resolución de dicha instancia en el plazo en cuestión, motivo por el cual TELEFÓNICA, invocando el silencio administrativo negativo interpuso acción contenciosa administrativa ante el poder judicial, quedando firme en la vía administrativa la Resolución Final de Primera instancia.

Con respecto a la afirmación de NORTEK relativa a que dicha resolución constituye precedente de observancia obligatoria, y en consecuencia el criterio establecido en ésta debe de ser aplicado por el Cuerpo Colegiado, debe tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 65° del Reglamento de Controversias vigente durante el trámite del procedimiento en cuestión – Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 027-99-CD/OSIPTEL²², según el cual:

²¹ El Cuerpo Colegiado consideró que para interpretar que debe de entenderse por “adecuación automática” debía tomarse en consideración los principios en los cuales se fundamenta el artículo 25° del Reglamento de Interconexión y el espíritu de dicha norma - que las empresas estén en igualdad de condiciones en todo momento – y, que debía distinguirse entre aquellos casos en los que resulta evidente determinar cuál es la condición más favorable de otros donde tal determinación revista mayor importancia.

²² Corresponde la aplicación del referido Reglamento, no siendo aplicable lo establecido en la LPAG, ni en el Reglamento de Controversias vigente, en virtud de las siguientes normas:

“Artículo 65°.- Las resoluciones de segunda y última instancia de OSIPTEL que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter de sentido general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada.

El Consejo Directivo de OSIPTEL, a solicitud de una de sus instancias de resolución de conflictos, podrá disponer la publicación de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano, cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores o de los competidores.” (Resaltado agregado).

Es decir, de conformidad con lo establecido en el mencionado artículo para que una resolución constituya precedente de observancia obligatoria deben concurrir los siguientes supuestos: (i) que se trate de una resolución de segunda y última instancia de OSIPTEL; (ii) que interprete de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación.

Con relación al primer punto – que se trate de una resolución de segunda y última instancia – NORTEK señala que al haber operado el silencio administrativo negativo, existe una resolución de segunda instancia ficta que confirma lo establecido en la resolución de primera instancia. En tal sentido, confirmada la resolución de primera instancia tácitamente por la segunda instancia, la resolución final de primera instancia constituye precedente de observancia obligatoria.

Sobre el particular, debe señalarse que el objetivo del silencio administrativo negativo es permitir al administrado hacer uso de los recursos impugnativos establecidos por la ley. De esta forma frente a la falta de pronunciamiento por parte de la autoridad correspondiente, en aplicación del silencio administrativo, el administrado podrá dar por denegada su solicitud y recurrir ante la segunda instancia o ante el Poder Judicial vía la interposición de los recursos que correspondan. Sin embargo, no puede concederse al silencio administrativo efectos distintos a los establecidos por la ley ni ajenos a su naturaleza y objetivos, tal como sería asignarle capacidad de crear precedentes de observancia obligatoria.

Con respecto al segundo punto, debe precisarse que de acuerdo con el artículo 65° del Reglamento de Controversias anterior la interpretación de las normas debe ser de modo expreso; es decir, en la resolución debe decirse expresamente que se está interpretando una norma con carácter general y que por lo tanto dicha interpretación será precedente de observancia obligatoria, lo cual no ha ocurrido en el caso de la resolución en cuestión.

Primera Disposición Transitoria de la LPAG “1. Los procedimientos administrativos iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente Ley se regirán por la normativa anterior hasta su conclusión 2. No obstante, son aplicables a los procedimientos en trámite, las disposiciones de la presente Ley que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la administración, así como su Título Preliminar.”; y la disposición transitoria del Reglamento de Controversias Vigente.

De lo anterior, se desprende que la resolución final de primera instancia emitida en el caso TELEANDINCA contra TELEFÓNICA, si bien constituye un precedente respecto del presente caso por tratarse de un tema similar, no constituye un precedente de observancia obligatoria por no cumplir con los requisitos establecidos en el citado artículo.

No obstante lo antes expuesto, debe tenerse en consideración que de conformidad con el artículo antes citado, aún cuando la referida resolución fuera un precedente de observancia obligatoria el Cuerpo Colegiado podría fallar en contra de lo establecido en ésta, siempre y cuando la resolución que emita se encuentre debidamente motivada.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, y no obstante la resolución emitida en el caso seguido por TELEANDINA no constituye un precedente de observancia obligatoria sino un mero precedente no vinculante, el presente Cuerpo Colegiado considera conveniente indicar los motivos por los cuales se aparta.

La resolución en cuestión se basa en lo siguiente:

- a. Interpreta el artículo 25° del Reglamento de Interconexión en virtud de los principios establecidos en el artículo 7° de dicho reglamento, remontándose a lo que considera el espíritu de esta norma, es decir al objetivo de los citados principios, concluyendo que el objetivo de éstos es salvaguardar los valores jurídicos de igualdad y competencia. Concluyendo que en virtud de lo señalado, que dichos principios buscan que todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones se encuentren en igualdad de condiciones para así poder competir entre ellos, lo cual únicamente podría cumplirse si todas las empresas estuvieran en igualdad de condiciones todo el tiempo. En tal sentido, considera que la cláusula o artículo de adecuación que se incluya en un contrato o mandato, respectivamente, debe de garantizar a la empresa que en caso su contraparte en una relación de interconexión, acuerde con otra empresa una condición económica mas favorable, dicha condición se le aplicaría a partir del mismo día en que se aplicaría a la empresa que llegó a tal acuerdo.
- b. Con respecto a la interpretación del artículo 12° del Mandato N°001-99-GG/OSIPTEL (Mandato TELEANDINA-TELEFÓNICA) considera que a efecto de determinarse qué se entiende por automático debe tenerse en consideración lo indicado en el numeral anterior.

Asimismo, señala que debe de diferenciarse entre aquellos casos en los que resulta evidente determinar cuál es la condición más favorable de otros donde tal determinación revista mayor complejidad, teniendo en cuenta las diversas modalidades y facultades previstas, respectivamente, en los artículos 21° y 23° del Reglamento de Interconexión. Debiendo en el primer caso interpretar como “automática” que la condición más favorable debe operar inmediatamente, sin que sea requisito el intercambio de comunicación alguna; y en el segundo supuesto, la automaticidad estará referida a la obligación que corresponde a la empresa que otorgue una condición mas beneficiosa de comunicar -inmediata y fehacientemente- a las empresas con

las cuales mantenga una relación de interconexión las condiciones más favorables pactadas con la tercera empresa, de modo que si la empresa para quien la nueva condición pactada fuera mas beneficiosa decidiera aceptar la adecuación, ésta se produciría con efectos retroactivos al momento en que tales condiciones entraron en vigencia para su contraparte en su relación de interconexión y la tercera empresa .²³

Sobre el particular el Cuerpo Colegiado considera que dicha interpretación no debe ser acogida, por no ser jurídicamente correcta puesto que (i) deja de lado lo establecido en artículo 10° del Reglamento de Interconexión, según el cual el principio de igualdad de acceso establece la obligación de las empresas de interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores que lo soliciten; y (ii) distingue donde las normas no distinguen.

Adicionalmente, dicha interpretación trae consigo los problemas expuestos en el Informe Instructivo, tales como una inadecuada atribución de responsabilidades, amparo a la falta de diligencia de la empresa interesada, y creación de inseguridad jurídica en perjuicio de las empresas operadoras y del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones en general.

4. ARGUMENTOS ADICIONALES DE TELEFÓNICA:

Con relación a los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en su contestación y no tratados expresamente en la presente resolución el Cuerpo Colegiado acoge lo señalado en el Informe Instructivo.

5. COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN POR PARTE DE TELEFÓNICA:

Habiéndose determinado el derecho de NORTEK de adecuarse a las condiciones más favorables establecidas en el Mandato ATT-TELEFÓNICA, así como la forma mediante la cual puede ejecutar dicho derecho, corresponde determinar si el mandato que regula la relación de interconexión entre NORTEK y TELEFÓNICA efectivamente se ha adecuado al cargo más favorable establecido en el Mandato ATT-TELEFÓNICA, para luego determinar si TELEFÓNICA ha incurrido en la infracción imputada.

NORTEK en su demanda solicita al Cuerpo Colegiado ordenar la aplicación de los siguientes cargos de terminación/originación de llamadas en la red fija de TELEFÓNICA:

- a. US\$ 0,0115, a partir del 1 de enero de 2002 hasta el 31 de junio de 2002; y
- b. US\$ 0,00960 a partir del 2 de julio de 2002 en adelante, salvo que OSIPTEL proponga un cargo menor.

De acuerdo con lo señalado en los puntos precedentes, para efectos de ejecutar su derecho de adecuación al cargo más favorable establecido en el Mandato

²³Al efecto, debe advertirse que si bien es cierto que la Empresa C cuenta con medios de publicidad oficial y comercial que le permiten tener conocimiento de las condiciones de interconexión pactadas entre la Empresa A y la Empresa B; también es verdad, sobretodo en casos donde el beneficio es evidente, que la Empresa A -en la medida que tiene un conocimiento directo e inmediato de las condiciones pactadas por ella con otras empresas- se encuentra en mejor situación de definir que la condición pactada con la Empresa B es más beneficiosa que aquella pactada con la Empresa C.

ATT-TELEFÓNICA es necesario que se solicite tal adecuación a TELEFÓNICA, bastando la remisión de una comunicación para que el mandato quede adecuado automáticamente a partir de la fecha en que dicha comunicación se realice, no teniendo ésta efectos retroactivos.

De la documentación contenida en el expediente, sin embargo, no consta que NORTEK haya requerido a TELEFÓNICA la adecuación de su mandato. Recién con la interposición de la demanda NORTEK habría manifestado tal intención al solicitarle al Cuerpo Colegiado que requiera a TELEFÓNICA la adecuación de su mandato.

En tal sentido, y tomando en consideración que NORTEK no ha solicitado a TELEFÓNICA la adecuación, el mandato materia de la presente controversia, no se habría modificado²⁴ y en consecuencia, TELEFÓNICA no habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 35° del Reglamento de Infracciones, aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL²⁵ – aplicar cargos mayores a los determinados por la autoridad o por las partes de un contrato de interconexión, o mayores a los publicados o hechos de conocimiento público o mayores a los comunicados a OSIPTEL – al no haber aplicado los cargos establecidos en el Mandato ATT-TELEFÓNICA.

VII. SOLICITUD DE ADECUACIÓN AL CUERPO COLEGIADO Y EFECTOS DE LA MEDIDA CAUTELAR:

Si bien, tal como se ha señalado, NORTEK hasta la fecha de emisión de la presente resolución – según la información que obra en el expediente- no habría solicitado a TELEFÓNICA la adecuación de su mandato y en consecuencia éste no se habría adecuado, NORTEK con la presentación de su demanda solicita al Cuerpo Colegiado hacer valer su derecho de adecuación frente a TELEFÓNICA.

En tal sentido, y habiéndose acreditado el derecho de NORTEK de acogerse a los cargos de terminación de llamada en la red fija establecidos en el Mandato ATT-TELEFÓNICA, corresponde al Cuerpo Colegiado solicitar a TELEFÓNICA en nombre de NORTEK la referida adecuación.

De acuerdo con lo antes señalado, la solicitud por si sola tendrá el efecto de modificar el Mandato NORTEK-TELEFÓNICA, motivo por el cual TELEFÓNICA estará obligada a otorgar a dicha empresa el cargo en cuestión a partir del día siguiente de la fecha de notificación de la presente.

Sin embargo, y tal como se mencionó anteriormente, el Cuerpo Colegiado no puede desconocer la medida cautelar dispuesta por el Tribunal Arbitral a favor de TELEFÓNICA.

Tal como se ha mencionado, a través de dicha medida cautelar, el Tribunal Arbitral dispuso la suspensión de los efectos del Mandato ATT-TELEFÓNICA (y del Mandato IDT- TELEFÓNICA) en el extremo que dispone la aplicación de cargos de

²⁴ Por tal motivo, NORTEK no tendría derecho a la emisión de las notas de crédito que ha solicitado en su demanda.

²⁵ “Artículo 35°.- La empresa que aplique cargos establecidos para la interconexión mayores a los determinados por la autoridad o por las partes de un contrato de interconexión, o mayores a los publicados o hechos de conocimiento público o mayores a los comunicados a OSIPTEL, incurrirá en infracción muy grave.”

interconexión por debajo del cargo tope, para las **llamadas internacionales de larga distancia internacional que ingresen a la red de telefonía fija local de TELEFÓNICA**, y como consecuencia de lo anterior dispone que los cargos por terminación de llamadas en la red fija local TELEFÓNICA aplicables al mercado de larga distancia internacional, deben sujetarse a lo dispuesto por la Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL; y, declaró improcedente el extremo del pedido cautelar que pretendía la suspensión de los efectos de los mencionados mandatos en el extremo que dispone la aplicación de los citados cargos respecto de las **llamadas provenientes de la red de larga distancia nacional** y telefonía fija local que ingresen en la red fija local de TELEFÓNICA.

Tomando en consideración tal medida cautelar y si bien, de conformidad con lo señalado en los puntos precedentes NORTEK tiene el derecho a adecuar su mandato a los cargos en cuestión, mientras se encuentre vigente la suspensión ordenada por el Tribunal Arbitral, los efectos de dicha adecuación se mantendrán también en suspenso respecto de las llamadas de larga distancia internacional²⁶. En lo relativo a las llamadas de larga distancia nacional²⁷, de conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Arbitral, no se aplicará la referida suspensión, y por lo tanto la aplicación del nuevo cargo será exigible desde el día siguiente de notificada la presente resolución.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Poner en conocimiento de Telefónica del Perú S.A.A. el escrito N° 5 presentado por Nortek Communications S.A.C. con fecha 7 de enero de 2003.

Artículo Segundo.- Declarar improcedente la solicitud de TELEFÓNICA de suspender el proceso en virtud de los fundamentos expuestos en la sección Considerando de la presente Resolución.

Artículo Tercero.- Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de Nortek Communications S.A.C. en lo relativo al derecho de dicha empresa de acogerse al cargo de terminación en la red de telefonía fija de Telefónica del Perú S.A.A. establecido en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL, en virtud de los argumentos expuestos en los Considerandos de la presente resolución.

Artículo Cuarto.- Declarar **INFUNDADA EN PARTE** la demanda en lo relativo a (i) el derecho de Nortek Communications S.A.C. a que Telefónica del Perú S.A.A. le traslade los cargos de terminación en la red de telefonía fija establecidos en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL a partir del 1 de enero de 2002 hasta la fecha de notificación de la

²⁶ Debido a que los efectos del Mandato ATT-TELEFÓNICA en cuanto a la extensión del cargo para la terminación de larga distancia se encuentran suspendidos, cualquier mandato que se adecuó a éste se adecuará en las mismas condiciones, es decir, con efectos suspendidos. Al adecuarse el Mandato NORTEK-TELEFÓNICA a un cargo cuya aplicación se encuentra suspendida, NORTEK no podrá reclamar la aplicación de éste mientras se mantenga vigente la suspensión. Cuando el Tribunal Arbitral levante la suspensión - de ser este el caso - NORTEK podrá reclamar la aplicación del cargo al que se adecuó retroactivamente desde la fecha de adecuación, es decir desde el día siguiente de la fecha de notificación de la presente resolución a TELEFÓNICA.

²⁷ La interconexión de NORTEK, de acuerdo con lo establecido en el punto IV Evaluación y Análisis, Redes y Servicios a Interconectar de la parte considerativa del Mandato NORTEK-TELEFÓNICA, señala que la interconexión comprendida en dicho mandato comprende la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de NORTEK con la red de los servicios de telefonía fija local y de larga distancia de TELEFÓNICA y la red de los servicios móviles de Telefónica Móviles S.A.C.

presente resolución; (ii) el derecho de Nortek Communications S.A.C. a que se le emitan notas de crédito por aquellas facturas emitidas y pagadas a partir de enero de 2002 en base al cargo tope; y (iii) la comisión de la infracción por parte de Telefónica del Perú S.A.A. por violación a los principios de igualdad de acceso y no discriminación; en virtud de los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Quinto.- Solicitar a Telefónica del Perú S.A.A la adecuación de su Mandato N° 002-99-GG/OSIPTEL al cargo de terminación en la red de telefonía fija establecido por el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL de US\$0,00960, y en consecuencia ordenar a Telefónica del Perú S.A.A. cumplir con adecuar el referido cargo de interconexión de conformidad con lo establecido en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Sexto.- Precisar que, tal como se señala en la Sección Considerando, al encontrarse vigente la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral a cargo del Caso Arbitral N° 562-149-2001 otorgada mediante Resolución N° 2 de fecha 3 de diciembre de 2002, la aplicación del cargo de interconexión respecto de las llamadas de larga distancia internacional, se encontrará suspendida en tanto y en cuanto se mantenga vigente la referida medida cautelar.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.