

VOTO EN DISCORDIA

El voto de la señora Verónica Zambrano Copello en la controversia seguida entre NEXTEL del Perú S.A. (en adelante NEXTEL) contra TELEFÓNICA del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA) y TELEFÓNICA MÓVILES S.A.C. (en adelante MÓVILES) sobre la inaplicación del artículo 42°, inciso j) del Reglamento Específico del Teleservicio de Canales Múltiples de Selección Automática (en adelante Servicio Troncalizado) aprobado mediante Resolución Ministerial N° 412-94-MTC-15.04 (en adelante el Reglamento Específico), a la relación de Interconexión entre NEXTEL y las empresas demandadas TELEFÓNICA y MÓVILES, es cómo sigue:

CONSIDERANDO:

1. DEMANDA INTERPUESTA POR NEXTEL

1.1. Pretensiones

Con fecha 5 de diciembre del 2000 NEXTEL presentó un escrito de demanda solicitando que, conforme a lo dispuesto por el artículo 86° del Código Procesal Civil, el Cuerpo Colegiado Ordinario del OSIPTEL (en adelante, el CCO) se pronuncie sobre los siguientes aspectos jurídicos de las relaciones de interconexión entre NEXTEL y TELEFÓNICA, de un lado; y NEXTEL y MÓVILES, de otro:

1.1.1. Que se declare que el artículo 42, inciso j), del Reglamento Específico no es una disposición que permita a TELEFÓNICA o MÓVILES interrumpir o de cualquier otra manera restringir la relación de interconexión entre NEXTEL y cada una de dichas empresas; y,

1.1.2. Que se declare que el artículo 42, inciso j), del Reglamento Específico no es una disposición aplicable a la relación de interconexión entre NEXTEL y cada una de las empresas demandadas.

1.2. Fundamentos

NEXTEL sustenta la demanda en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

1.2.1. Al interponer la demanda NEXTEL deja expresa constancia de que la misma es interpuesta dentro del plazo establecido por los artículos 4° de la Resolución N° 002-2000-MC1CCO/OSIPTEL y 636° del Código Procesal Civil, y ante el mismo CCO que conoció de la medida cautelar fuera de proceso, en la cual mediante Resolución 002-2000-MC1-CCO/OSIPTEL, de fecha 20 de noviembre de 2000, el CCO ordenó a TELEFÓNICA abstenerse de adoptar cualquier medida que tenga por objeto interrumpir o de cualquier otra manera restringir la relación de interconexión con NEXTEL.

1.2.2. Sin perjuicio de esto, NEXTEL señala que posteriormente, por carta que les fuera remitida la noche del 21 de noviembre de 2000, TELEFÓNICA informa

que no ha modificado las condiciones técnicas de la interconexión, sin variar su posición de que la citada norma es aplicable a la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y NEXTEL. Con lo cual se confirma entonces la controversia existente entre las partes sobre la implicancia del citado artículo 42, inciso j), en la relación de interconexión entre NEXTEL y TELEFÓNICA, la cual en todo caso TELEFÓNICA considera que deberá ser materia de pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes.

- 1.2.3. En opinión de NEXTEL, la posición jurídica de TELEFÓNICA no encuentra sustento alguno ni en el ordenamiento legal vigente ni en el Contrato de Interconexión. Ello no obstante, NEXTEL reconoce que sí se trata de una controversia con relación a determinados aspectos jurídicos de dicha relación de interconexión, que debe ser resuelta por el CCO. NEXTEL señala además que la importancia de la controversia existente con TELEFÓNICA es mayor aún si se considera que existe un pronunciamiento previo por parte tanto del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, en adelante MTCC, como del propio OSIPTEL en cuanto a la inexistencia de restricciones o limitaciones de carácter técnico a la relación de interconexión entre NEXTEL y TELEFÓNICA. NEXTEL señala, que en particular, debe considerarse que el Contrato de Interconexión fue sometido voluntariamente a la aprobación de OSIPTEL por parte de TELEFÓNICA y NEXTEL, habiendo sido aprobado sin observaciones por Resolución No.44-99-GG/OSIPTEL, de 25 de junio de 1999. Todos estos pronunciamientos se han hecho teniendo en consideración la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento General, los Contratos de Concesión de las empresas involucradas y el propio Reglamento Específico, en lo que fuera aplicable, según establece el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.
- 1.2.4. Como argumentos de hecho, NEXTEL señala, entre otros aspectos, que es una empresa constituida bajo las leyes de la República del Perú, subsidiaria de NEXTEL Communications INC (NCI) la mayor empresa de servicio troncalizado a nivel internacional y una de las mayores empresas de comunicaciones inalámbricas de los Estados Unidos de América, con activos totales superiores a los 21,000 millones de dólares. NEXTEL explica que en América Latina, NCI tiene operaciones en Argentina, Brasil, Chile y México, además de Perú. Explica que NCI es responsable de haber introducido al mercado mundial el servicio troncalizado digital, que permite efectuar radiocomunicaciones de alta calidad y ofrece además las facilidades de interconexión telefónica, mensajes de texto y acceso a internet, todo en un solo equipo.
- 1.2.5. NEXTEL señala que al igual que ella en el Perú, NCI compete abiertamente con las demás empresas de comunicaciones inalámbricas, incluyendo la telefonía móvil celular, que existen en los mercados donde opera. Dicha competencia es particularmente notoria en el importante mercado empresarial para el cual resulta sumamente atractivo el sistema de radiocomunicación digital, denominado conexión directa, no sólo por su bajo costo sino también por permitir un uso más eficiente de un factor escaso como es el tiempo. NEXTEL indica que la facilidad de interconexión telefónica es sólo una facilidad que permite a sus usuarios comunicarse con las redes de telefonía fija, telefonía móvil celular, larga distancia, sistemas de comunicaciones personales (PCS), entre otros servicios públicos de telecomunicaciones y que esta información

aparece con toda claridad en el último reporte del mercado de comunicaciones inalámbricas de la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos.

- 1.2.6. NEXTEL señala que, en su caso, las cifras son concluyentes en lo que se refiere a su mercado objetivo, pues más de un 70% del total de minutos de tráfico en la red de servicio troncalizado digital de NEXTEL representan comunicaciones radiales o conexión directa, mientras que el saldo se divide entre las demás facilidades que ofrece NEXTEL, incluida la interconexión telefónica. NEXTEL anota que la proporción llega al 85% de llamadas radiales que hacen los usuarios de la red de NEXTEL, dado que, por su naturaleza, dichas llamadas de conexión directa son en promedio de una duración menor que las llamadas de interconexión telefónica. Al respecto, señala que adjunta un reporte del área de sistemas de NEXTEL, sustentado parcialmente en información de dominio público.
- 1.2.7. NEXTEL señala que su éxito en el mercado peruano es un hecho por todos conocido, pues en apenas un año y medio de operaciones, ha logrado la preferencia de un número importante de usuarios que requieren comunicaciones inalámbricas de alta calidad y eficiencia comprobada, a un bajo costo. Señala que su base de usuarios supera los 60,000 equipos en un mercado estimado de 1'200,000 usuarios de servicios inalámbricos. Sin embargo, el segmento de mercado al que se dirige NEXTEL es fundamentalmente el que se refiere a grupos de trabajo, es decir empresas, sociedades, asociaciones y, en general, entidades públicas y privadas, todas las cuales operan en el importante mercado denominado de post-pago. NEXTEL señala que considera que su participación a la fecha se aproxima al 15% de su mercado objetivo, con una tendencia al crecimiento que supera significativamente a las demás empresas prestadoras de servicios inalámbricos. NEXTEL precisa que todo esto consta en el informe del área de marketing sustentado también en información de dominio público, que también se adjunta a la demanda.
- 1.2.8. NEXTEL señala que la red de servicio troncalizado digital que opera, se extiende actualmente al Departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao y que se trata de equipamiento e infraestructura de última tecnología, similar a la que se encuentra instalada en todos los mercados donde opera NCI. A la fecha, la inversión total de NCI en el Perú supera los 150 millones de dólares. Adicionalmente, NEXTEL informa de que tiene en proceso una solicitud de ampliación de su red a los departamentos de Ancash, Ica y La Libertad, cuyo trámite se encuentra en sus etapas finales. NEXTEL dice se anticipa que esta última inversión le permitirá a iniciar operaciones en esta nueva área ampliada durante los primeros meses del próximo año. Al respecto adjunta el aviso relativo a la ampliación a provincias, publicado en el Diario Oficial de acuerdo a ley.
- 1.2.9. NEXTEL señala que en cuanto a la facilidad de interconexión que ofrece a sus usuarios de servicio troncalizado digital, conviene anotar que las operaciones se iniciaron en junio de 1999, cuando NEXTEL fue el primer operador en celebrar con TELEFÓNICA un contrato de interconexión negociado, suscrito y aprobado conforme a las normas de interconexión vigentes. Poco tiempo

después, en agosto de 1999, NEXTEL también celebró un contrato de interconexión con Bell South Perú S.A., empresa que opera una red de telefonía móvil en Lima y algunas provincias del interior del país. Indica la demandante que la relación de interconexión entre NEXTEL y TELEFÓNICA, que se encuentra plenamente operativa, fue modificada a partir de marzo de 2000, a fin de implementar el sistema denominado "el que llama paga", que permite a sus respectivos usuarios planificar más eficientemente los costos de sus comunicaciones inalámbricas. NEXTEL anota que se encuentra actualmente en pleno proceso de negociación de contratos de interconexión con otros operadores, incluyendo a AT&T Perú S.A.; TE.SA.M Perú S.A.; Red Científica Peruana, entre otras.

- 1.2.10. NEXTEL señala que a través de casi un año y medio de vigencia, su relación de interconexión con TELEFÓNICA ha sido mutuamente satisfactoria. Prueba de ello es que hasta antes del hecho que origina la demanda no se había presentado inconveniente alguno de carácter técnico, mucho menos en lo que se refiere a la duración de las llamadas. NEXTEL señala que existe documentación voluminosa que evidencia la excelente relación comercial entre NEXTEL y TELEFÓNICA. A manera de ejemplo, se adjuntan a la demanda documentos relacionados con las pruebas de interconexión que se hicieron oportunamente, las cuales demuestran que TELEFÓNICA y NEXTEL aprobaron llamadas que llegan incluso a los 30 minutos. NEXTEL señala que también adjunta copia de liquidaciones de interconexión suscritas por TELEFÓNICA y NEXTEL, en las cuales consta la aprobación manifestada por ambas partes con relación a llamadas que exceden incluso los 100 minutos.
- 1.2.11. NEXTEL señala que no obstante lo indicado anteriormente, como ha sido de conocimiento del CCO en el cuaderno cautelar, el pasado 8 de noviembre NEXTEL recibió la carta No.GGG-127-A-3057-00 de TELEFÓNICA fechada el 6 de octubre, en la que dicha empresa, haciendo referencia expresa al Contrato de Interconexión y con relación al mismo, le comunica que estaría adoptando los "procedimientos técnicos que aseguren el cumplimiento del inciso j) del artículo 42 del Reglamento Específico del Teleservicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática" NEXTEL señala que frente a la posición adoptada por TELEFÓNICA su respuesta fue inmediata y contundente con relación a su ilegalidad y contravención del Contrato de Interconexión, mediante carta del 8 de noviembre. Sin embargo, no obstante la urgencia e interés público de la cuestión controvertida, TELEFÓNICA se limitó a confirmar verbalmente, a través de su representante legal, el punto de vista expresado en su carta anteriormente citada.
- 1.2.12. NEXTEL señala que con posterioridad de haber sido dictada la medida cautelar, cuya copia se adjunta a la demanda, ordenando a TELEFÓNICA que se abstenga de adoptar cualquier procedimiento técnico destinado a interrumpir o de cualquier otra manera restringir la relación de interconexión con NEXTEL. NEXTEL señala que mediante carta No.GGR-127-A-3092-00, que le fuera remitida la noche del 21 de noviembre de 2000, TELEFÓNICA pretende atenuar en parte su comunicación anterior refiriéndose ahora a haber "coordinado las acciones necesarias"- en lugar de haber "dispuesto las acciones necesarias para que se ejecuten los procedimientos técnicos ". Sin embargo, NEXTEL señala que TELEFÓNICA no modificó su posición original

en el sentido de considerar que el inciso j) del artículo 42 del Reglamento Específico es aplicable a la relación de interconexión con NEXTEL y que puede ser invocado para interrumpir o restringir dicha relación.

- 1.2.13. NEXTEL señala que más allá de que, debido al mandato cautelar, se haya dispuesto que TELEFÓNICA y MÓVILES se abstengan de realizar cualquier acto destinado a interrumpir la interconexión, la posición de TELEFÓNICA abre una controversia sobre un aspecto jurídico de la mayor relevancia relativo a la interconexión que tienen vigente, es decir, si desde un punto de vista legal, el inciso j) del artículo 42 del Reglamento Específico, constituye o no una norma de interconexión, y si su aplicación permitiría a TELEFÓNICA o a MÓVILES restringir o interrumpir parcial o totalmente la misma.
- 1.2.14. NEXTEL señala que su posición consiste en que la citada norma no puede ser invocada como una causal de interrupción o restricción de la interconexión de la relación entre TELEFÓNICA y NEXTEL, ni tampoco surte efecto alguno en dicha relación de interconexión y ni siquiera es aplicable a la red de servicio troncalizado digital que opera NEXTEL.
- 1.2.15. Como fundamentos de derecho, NEXTEL señala que la posición de TELEFÓNICA implica que el artículo 42, inciso j), del Reglamento Específico permitiría interrumpir o restringir la interconexión de sus redes con la red de NEXTEL. Al respecto, NEXTEL sostiene que: (i) la citada norma no es aplicable en ningún caso a la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y NEXTEL; (ii) la norma se aplica únicamente al "equipamiento" del servicio troncalizado analógico; (iii) la fiscalización de los equipos que utiliza NEXTEL corresponde al MTCC y no a TELEFÓNICA; y (iv) el ámbito de aplicación de la norma citada no alcanza al servicio troncalizado digital que ofrece NEXTEL.
- 1.2.16. NEXTEL reconoce que la norma en discusión es parte del Reglamento Específico, aprobado por Resolución Ministerial No.412-94-MTC/I 5.04 del 30 de noviembre de 1994 y que la citada norma se dictó cuando la tecnología digital en el servicio troncalizado todavía no había entrado en operación comercial a nivel internacional. NEXTEL señala que la norma técnica no recoge en su artículo 14 el principio de que los sistemas troncalizados deberán adoptar preferentemente la tecnología digital. Demás está decir que las normas técnicas que conforman el Reglamento Específico no podían haber anticipado lo que serían las características técnicas de la tecnología digital aplicada al servicio troncalizado, motivo por el cual su aplicación se limita obviamente al servicio troncalizado que utiliza tecnología analógica. Sobre el particular, NEXTEL adjunta un informe técnico del área de ingeniería de NEXTEL el cual se refiere a ciertos artículos del Reglamento Específico que son inaplicables a una red de servicio troncalizado digital.
- 1.2.17. NEXTEL manifiesta que la citada norma, aún en el caso del servicio troncalizado analógico, no es una norma de interconexión, sino una disposición técnica aplicable únicamente a las características del equipo de servicio troncalizado. NEXTEL señala que suficiente evidencia de esta afirmación se encuentra en el propio texto de la norma y que cabe precisar que la citada norma, tiene cierta racionalidad cuando se aplica a un sistema troncalizado analógico. Se indica que ello obedece a que el sistema analógico opera

generalmente con dos o tres estaciones base que dan cobertura a todo el área de concesión, las mismas que utilizan un promedio de 15 frecuencias por radio, con un ancho de banda de 25 KHz por comunicación, en cuyo caso, las interconexiones telefónicas de una sola vía, se asemejan a la de una llamada de despacho, es decir, que los usuarios tienen que presionar el botón de despacho radial para cambiar del modo de habla al modo escucha. Estas limitaciones técnicas del sistema analógico, tienen como consecuencia que las interconexiones telefónicas deban ser de muy corta duración, a fin de no saturar los canales disponibles e impedir que se afecte la disposición del espectro para las llamadas por radio. NEXTEL supone que lo más probable es que en estas limitaciones técnicas radique que el legislador, en el año 1994, al normar al servicio troncalizado analógico, haya creído oportuno establecer esta restricción para los equipos en función del uso eficiente del espectro.

- 1.2.18. NEXTEL presenta como una evidencia adicional de esta situación al antiguo artículo 17 del Reglamento Específico, el cual, a diferencia del inciso j) del artículo 42, sí tenía relación directa con la interconexión del servicio troncalizado analógico con las demás redes públicas de telecomunicaciones, dicha norma establecía lo siguiente: "el número de abonados con acceso a redes públicas de telecomunicaciones estará restringido a los criterios de carta de tráfico o calidad del servicio y al objeto del servicio troncalizado, de modo que no deteriore la eficiencia del sistema "
- 1.2.19. NEXTEL señala que la citada norma fue derogada mediante Resolución Ministerial No.373-97MTC/15.03 de 6 de agosto de 1997, la cual, como se verá más adelante, eliminó otras restricciones de carácter técnico relacionadas con el servicio troncalizado. Sin embargo, la existencia de dicha norma en el Reglamento Específico, tal como fue aprobado originalmente en 1994, revela con total claridad que la tecnología analógica adolecía de limitaciones de carácter técnico que determinaban cierta ineficiencia de la interconexión telefónica.
- 1.2.20. NEXTEL señala que nada de eso es aplicable a la interconexión telefónica en el servicio troncalizado digital, que permite ampliar de 46 a 390 el número promedio de usuarios por canal, con el consiguiente ahorro de espectro, haciendo posible una interconexión telefónica ilimitada. A esta característica de la tecnología digital se refiere no solamente el Oficio No.046-99-MTC/15.03 del Despacho Ministerial del MTCC, sino también el Informe Anual del Mercado de Comunicaciones Inalámbricas de la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos (FCC). En ese sentido, NEXTEL señala que la única disposición que regula con carácter específico el ámbito del derecho de interconexión que le asiste como operadora de una red de servicio troncalizado digital, está contenida en los contratos de concesión celebrados con el MTCC, cuyo texto no establece restricción alguna de carácter técnico con relación a la interconexión con las demás redes de servicios públicos de telecomunicaciones, la cláusula pertinente es la siguiente: *"Vigésima.- De la Interconexión: La red del servicio concedido, por su carácter de servicio público cuando corresponda, tiene el derecho de interconectarse con otras redes de servicios públicos en concordancia con los Planes Fundamentales del Plan Nacional de Telecomunicaciones, los principios de neutralidad, no*

discriminación e igualdad de acceso, los términos acordados de buena fe entre ellos, y con el Reglamento de Interconexión que emita OSIPTEL. "

- 1.2.21. NEXTEL señala que la historia legislativa que permitió el inicio de la prestación del servicio troncalizado digital en el Perú, es concluyente con relación a la inaplicación de la norma citada por TELEFÓNICA a la red que opera NEXTEL. Señala la demandante que en el año 1994, el servicio troncalizado fue definido en el Reglamento Específico como aplicable únicamente a "grupos cerrados de abonados o usuarios " que es precisamente la modalidad de comunicación que caracteriza al servicio troncalizado que utiliza tecnología analógica. El texto íntegro de la definición del servicio troncalizado contenido en el Reglamento Específico, el cual tuvo su última modificación en marzo del año 1995 mediante el artículo único de la R.M. N° 120-95 MTC/15.04, es el siguiente: *"Artículo 3.- El Servicio troncalizado se define como un teleservicio final de telecomunicaciones de ámbito restringido a grupos cerrados de abonados o usuarios dentro de las áreas indicadas en la concesión o autorización respectiva, según se trate de servicios públicos o privados. El servicio es prestado en la modalidad de acceso múltiple y acceso aleatorio, de manera tal que todas las estaciones pertenecientes a un sistema estén equipados con varios canales, pudiendo utilizar automática e indistintamente cualquiera de ellos con tal de que esté disponible y que se libere al final de la comunicación. Por la gran capacidad de usuarios y la modalidad descrita requiere de un medio de control que gobierne la asignación de canales y efectúe otras tareas como identificación de equipos, mediante un adecuado tipo de señalización. A través del servicio troncalizado se pueden cursar señales de voz y datos".*
- 1.2.22. NEXTEL precisa que el Reglamento Específico fue modificado en diversas oportunidades, siendo la más importante, para efectos de la introducción de la tecnología digital, la modificación efectuada mediante Resolución Ministerial No.373-97-MTC/15.03 de 6 de agosto de 1997, en virtud de la cual, entre otros, (i) se eliminó una limitación que existía en el número máximo de canales que podrían otorgarse en concesión, (ii) se dejó sin efecto la única restricción existente en materia de interconexión; y (iii) se derogó la disposición contenida en el Artículo 44, Inciso 4, que tipificaba como infracción grave el "operar el servicio público troncalizado en forma que constituya competencia con el servicio de telefonía móvil celular". Esta modificación, si bien no resolvió la cuestión de las diversas normas técnicas que debían aplicarse a la tecnología digital, representó la primera señal inequívoca de que el Estado peruano favorecía la digitalización del servicio troncalizado, lo cual traería como consecuencia una competencia directa con la telefonía móvil celular.
- 1.2.23. Pero NEXTEL señala que su decisión de inversión, recién se dio con la modificación del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, en lo que se refiere a la definición del Servicio Troncalizado. Esta modificación, aprobada mediante Decreto Supremo No.005-98-MTC de 26 de marzo de 1998, incorporó a dicho Reglamento General ciertos servicios inalámbricos relativamente modernos, que compiten directamente con la telefonía móvil celular, entre ellos el Servicio de Comunicaciones Personales (PCS), el Servicio Móvil por Satélite y el Servicio Buscapersonas Bidireccional. NEXTEL indica que conjuntamente con la introducción de estos nuevos servicios inalámbricos, se modificó la definición del Servicio Troncalizado, permitiendo

una competencia directa con la telefonía móvil celular, en los términos siguientes: *"Artículo 50°.- Se consideran Teleservicios Públicos a los siguientes. 5. - Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Troncalizado).- Es el que permite a los abonados cursar señales de voz y datos. Individuales o de grupo, mediante el uso de canales múltiples de radiocomunicación cuya asignación se realiza en forma automática"*

- 1.2.24. NEXTEL precisa que la nueva definición consolidó la capacidad de transmitir señales de voz y datos, que se encontraba en el Reglamento Específico pero no así en el Reglamento General, y, lo que es más importante, definió de manera absolutamente explícita que las comunicaciones entre abonados del servicio troncalizado no se limitan a los grupos cerrados de usuarios a que se refería el Reglamento Específico, sino que podían cursarse comunicaciones "individuales o de grupo " que es una de las características fundamentales del servicio troncalizado digital. En efecto, la modalidad digital del servicio troncalizado incide fundamentalmente en las llamadas individuales, que no se restringen a un grupo cerrado de usuarios. NEXTEL adjunta respecto de esto un informe con el que se intenta demostrar que casi la totalidad de las llamadas de despacho de la red que opera NEXTEL tienen carácter individual.
- 1.2.25. De lo anterior, NEXTEL concluye que resulta absolutamente evidente que el Reglamento Específico, cuyas normas técnicas cita TELEFÓNICA, mantiene vigencia sólo con relación al servicio troncalizado que utiliza tecnología analógica, restringido expresamente a grupos cerrados de usuarios, cuyas normas técnicas han quedado confinadas a aquella tecnología para la cual fueron dictadas, o sea la analógica.
- 1.2.26. Sin embargo, NEXTEL indica que en cuanto a la tecnología digital aplicada al servicio troncalizado, su marco regulatorio tiene como sustento fundamental el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, en cuanto establece, a partir de la reforma introducida en 1998, que se trata de un servicio que permite "cursar señales de voz y datos, individuales o de grupo ". NEXTEL señala que no ha sido necesario dictar un nuevo reglamento específico que contenga las normas técnicas del servicio troncalizado digital considerando que a partir de agosto de 1998, es política del Estado no dictar reglamentos técnicos específicos para los nuevos servicios, tal como expresamente lo señala el numeral 31 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 020-98MTC, que establece lo siguiente: *"No será necesario contar con reglamentos técnicos específicos u servicios como requisito del otorgamiento de concesiones y autorizaciones, pero el Estado se reserva el derecho de emitir reglamentos técnicos que normen la calidad mínima de los servicios ofrecidos. En los casos en que se realicen subastas, sus bases incorporarán metas por el uso de frecuencias."*
- 1.2.27. Conforme a lo indicado en el citado lineamiento, NEXTEL afirma que no era necesario que el Estado peruano dictase un Reglamento Específico para que se pudiera otorgar la autorización para operar una red troncalizada de naturaleza digital, tal como no ha sido necesario que se dicte un reglamento que regule, por ejemplo, el Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) para el otorgamiento de la concesión de dicho servicio. También es el caso de otros reglamentos específicos que, siguiendo el mismo principio, no han sido

modificados para adaptarse a los nuevos avances tecnológicos. Por ejemplo el Reglamento Específico de Telefonía Móvil Celular no ha incorporado hasta la fecha modificación alguna que aclare temas como la transmisión de datos, el acceso a internet e incluso el roaming automático.

- 1.2.28. Es en ese contexto que NEXTEL afirma haber solicitado y obtenido, a fines de 1998, la concesión para operar una red de servicio troncalizado digital mediante la Resolución Vice Ministerial No.385-98-MTC/15.03 del 22 de diciembre de 1998. Dicha red de servicio troncalizado digital, afirma la demandante, ha sido aprobada en su configuración actual mediante Resolución Ministerial No.102-2000-MTC/15.03 de fecha 24 de febrero de 2000, norma que por cierto tiene el mismo rango que la que aprobó Reglamento Específico.
- 1.2.29. NEXTEL indica que es recién a partir de junio de 1999, con la suscripción del Contrato de Interconexión con TELEFÓNICA, que NEXTEL comienza a ofrecer a su usuarios interconexión telefónica con los usuarios de la red de telefonía fija, móvil, y de larga distancia de TELEFÓNICA, como una facilidad suplementaria al servicio de conexión directa o despacho que ofrece a sus usuarios. De igual modo, es recién a partir de setiembre 1999, cuando comienza a ofrecer la facilidad de interconexión telefónica con los usuarios móviles de la empresa BELLSOUTH, en virtud del contrato de interconexión que suscribieran el 26 de agosto de 1999.
- 1.2.30. NEXTEL indica que hasta en dos oportunidades, TELEFÓNICA ha consultado a las autoridades competentes sobre la posibilidad de que NEXTEL pudiese interconectarse con sus redes; y que si bien esta es una obligación prevista tanto en su contratos de concesión como en el ordenamiento legal vigente donde se establece que la interconexión de las redes de los servicios públicos de telecomunicaciones entre si, es de interés público y social, y por tanto obligatorio; ambas consultas fueron materia de un pronunciamiento escrito de los dos órganos rectores del servicio de telecomunicaciones, es decir el MTCC y el OSIPTEL.
- 1.2.31. En el caso del MTCC, fue a través del Oficio No. 046-99-MTC/15.03, de 10 de febrero de 1999, cursado a nombre del Despacho Ministerial, que estableció lo siguiente, *"la tecnología digital permite brindar ciertas facilidades a los abonados como la de interconectarse con otras redes de telecomunicaciones (celular, fija, etc.) "*. En el caso del OSIPTEL, la consulta fue absuelta mediante Oficio No. 191-GG/99 de 12 de febrero de 1999, que determinó también lo siguiente *"no existen consideraciones de carácter técnico que hagan incompatible o de manera alguna inviable, la interconexión de una red que presta servicios finales de telefonía fija ó móvil, de carácter público, con una red que opera, también con carácter público, el servicio final troncalizado "*.
- 1.2.32. NEXTEL afirma que este principio ha sido posteriormente ratificado en la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 029-99-CD/OSIPTEL, que aprobó el sistema de comunicaciones entre usuarios de los servicios públicos telefónico fijo y de otro lado, los servicios públicos troncalizado y de comunicaciones personales, estableciéndose lo siguiente: *"Conforme a la normativa vigente, ambos servicios pueden interconectarse con el Servicio Telefónico Fijo, de tal forma que los usuarios de aquellos servicios*

se puedan comunicar con los usuarios de éste, sosteniendo conversaciones en tiempo real. Como consecuencia de esta característica, ambos servicios pueden constituirse en sustitutos al de telefonía móvil celular y están comprendidos dentro de la estrategia de desarrollo que ha sido definida en la Resolución N° 005-96CD/OSIPTEL."

- 1.2.33. NEXTEL indica que es difícil encontrar la racionalidad para la base legal con la que TELEFÓNICA y MÓVILES consideran que podría darse una interrupción o restricción, sustentándose en supuestos factores de orden técnico que, en su momento no consideró aplicable a la red de servicio troncalizado digital que opera NEXTEL y que prueba de ello es que el Proyecto Técnico de Interconexión suscrito entre las partes, no contempla como causal de suspensión, interrupción o restricción de la interconexión que las llamadas tengan una duración superior a los 180 segundos, ni el tema fue materia de discusión u objeción alguna por parte de TELEFÓNICA durante los años en que se ha mantenido vigente el contrato de interconexión, salvo después de comprobar el éxito alcanzado por NEXTEL como competidor de MÓVILES.
- 1.2.34. NEXTEL afirma que la novísima interpretación de TELEFÓNICA y MÓVILES con relación a la supuesta aplicación del inciso j) del artículo 42 a la relación de interconexión con NEXTEL, tiene toda la apariencia de estar vinculada con una campaña anti competitiva cuyo origen tendría que ver con el éxito que indica tener en el mercado de comunicaciones inalámbricas. Prueba adicional de ello, afirma la demandante, estaría dada por la carta que TELEFÓNICA ha presentado en el cuaderno de medida cautelar del presente procedimiento, en el que se acredita que recientemente se une a los demás competidores de NEXTEL (Bellsouth Perú S.A. y TIM Perú S.A.C.) con el objeto de volver a cuestionar una serie de hechos que no sólo carecen de sustento legal alguno sino que además ya fueron materia de pronunciamiento por parte del Despacho Ministerial con anterioridad al ingreso de NEXTEL al mercado, hecho que por demás le consta específicamente a TELEFÓNICA.
- 1.2.35. Por todas estas razones, NEXTEL considera que TELEFÓNICA y MÓVILES carece de todo sustento al pretender la aplicación al Contrato de Interconexión del inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico, pretensión que, además, contraviene lo dispuesto en el artículo 109° del Reglamento General de Telecomunicaciones, según el cual la ejecución de los contratos de interconexión debe realizarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes.

2. CONTESTACIÓN

Las demandadas TELEFÓNICA y MÓVILES sustentan su contestación en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- 2.1. Consideran que NEXTEL viene desnaturalizando el servicio troncalizado el cual se encuentra autorizado para prestarlo ya que lo viene brindando como si se tratará de un servicio de telefonía móvil o PCS sin contar con concesión para ello. Atendiendo a esta manera de prestar servicios de telecomunicaciones, señalan que MÓVILES ha solicitado al MTCC, que determine que NEXTEL en

tanto no es una empresa prestadora del servicio de telefonía móvil, restrinja la comunicación de sus usuarios a 180 segundos, aplicando estrictamente la norma aplicable, es decir, inciso j) del artículo 42 del Reglamento Específico de Teleservicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática.

- 2.2. TELEFÓNICA y MÓVILES afirman que lo que se encuentra detrás de la relación de interconexión es si NEXTEL viene prestando el servicio troncalizado de acuerdo a los términos de su concesión y a las normas vigentes. Señalan que la decisión que emita al respecto el MTCC, deberá determinar si NEXTEL presta el servicio troncalizado de conformidad con la concesión otorgada dentro de los límites de la Ley y tendrá implicancias en la forma en que NEXTEL se interconecta con las demás empresas operadoras. Por esta razón TELEFÓNICA y MÓVILES consideran que NEXTEL no puede sostener que el asunto de fondo qué debe ser resuelto es un tema referido a la relación de interconexión que NEXTEL mantiene con TELEFÓNICA y MÓVILES
- 2.3. TELEFÓNICA y MÓVILES manifiestan que TELEFÓNICA nunca sostuvo que restringiría el servicio de interconexión, indicando que la interpretación de NEXTEL es antojadiza y en modo alguno se desprende de la comunicación que TELEFÓNICA enviara. Por el contrario consideran que se trataría de una cortina de humo creada por NEXTEL para cubrir una prestación de servicios que excede no solo a los contratos de concesión de radio troncalizado y al Reglamento Específico, ambos aspectos que no están dispuestas a discutir en esta controversia por considerar que no es de competencia de OSIPTEL el cautelar el cumplimiento de la reglamentación de servicios.
- 2.4. TELEFÓNICA y MÓVILES afirman que su dicho queda confirmado con la comunicación cursada por TELEFÓNICA a NEXTEL el 21 de noviembre del 2000, fecha en la cual coincidentemente se les notifica con la resolución que admite a trámite la medida cautelar de no innovar planteada por NEXTEL. En esta comunicación, TELEFÓNICA ha manifestado que no modificará las condiciones técnicas de la relación de interconexión que mantiene con NEXTEL, salvo que exista acuerdo de partes, mandato o se produzca alguno de los supuestos previstos en el contrato. Sin embargo, a pesar de la comunicación aclaratoria que TELEFÓNICA remite a NEXTEL, ésta persiste en señalar que TELEFÓNICA tomaría las acciones para suspender la interconexión, limitando la comunicación a los usuarios de NEXTEL a 180 segundos.
- 2.5. TELEFÓNICA y MÓVILES consideran pertinente señalar que TELEFÓNICA en ningún momento suspendió o pretende suspender la interconexión a NEXTEL. Indican que lo que sí ha sucedido es que MÓVILES conjuntamente con otros operadores han acudido a la autoridad competente en materia de concesiones, el MTCC, denunciando formalmente a NEXTEL por ejercer la prestación del servicio de telefonía móvil sin contar con la concesión para ello, lo que constituye un tema distinto y totalmente ajeno a las relaciones de interconexión vigentes entre TELEFÓNICA, MÓVILES y NEXTEL.
- 2.6. TELEFÓNICA y MÓVILES señalan que su empresa se encuentra técnicamente imposibilitada de limitar las comunicaciones a los usuarios de NEXTEL a 180 segundos, y en general a establecer cualquier tipo de limitación a la duración de

las llamadas de NEXTEL , ya que para ello se tendría que implementar software o hardware a costa de un importante desembolso de dinero de parte de TELEFÓNICA para trabajar en más de 300 centrales. Para acreditar este hecho ofrecen como medio probatorio una pericia técnica que deberán practicar los peritos que determine OSIPTEL, para efectos de acreditar que la relación de interconexión entre NEXTEL y TELEFÓNICA no ha sufrido variación ni restricción alguna.

- 2.7. Como fundamentos de derecho TELEFÓNICA y MÓVILES señalan que es a partir de la interpretación antojadiza de la comunicación que le cursa TELEFÓNICA con fecha 6 de noviembre de los corrientes, que NEXTEL pretende involucrar los temas relativos a lo dispuesto en el artículo 42 inciso j) del Reglamento Específico a las relaciones de interconexión que mantienen TELEFÓNICA y MÓVILES con NEXTEL.
- 2.8. TELEFÓNICA y MÓVILES indican que la actora en su escrito de demanda, señala que la norma que supuestamente aplicarían TELEFÓNICA y MÓVILES para suspender el servicio de interconexión sería el artículo 42° inciso j) del Reglamento Especial, norma que se encuentra en el Capítulo VII, titulado Normas Técnicas. En efecto, el artículo 42° inciso j) establece: *"El equipo de sistema troncalizado debe cumplir con las siguientes condiciones: j)La duración de una conversación telefónica no debe ser mayor a 180 segundos"*
- 2.9. TELEFÓNICA y MÓVILES sostienen que dicha norma es exclusivamente una disposición relativa a cuestiones técnicas, es decir a la forma de prestación del servicio troncalizado y a la ejecución de la concesión otorgada a NEXTEL y, como consecuencia, OSIPTEL no tiene competencia para resolver cualquier controversia derivada de la aplicación de dicho dispositivo, siendo el Organismo competente es el MTCC, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones, ya que en el entendido que se trata de un tema referido a la prestación de servicio de telecomunicaciones, a través de los medios exteriores (equipos troncalizados), deviene en un tema vinculado a la prestación del servicio troncalizado delimitado en el contrato de concesión celebrado entre NEXTEL y El Estado peruano, por lo que OSIPTEL no es el Organismo competente para resolver este tema.
- 2.10. TELEFÓNICA y MÓVILES señalan que resulta claro que una decisión de parte del MTCC respecto a este tema, tendrá implicancias en la relación de interconexión que NEXTEL mantenga con los demás operadores ya que se tratará justamente de la prestación del servicio troncalizado. Por ello, NEXTEL no puede solicitar la inaplicación del artículo 42° inciso j) del Reglamento Específico, a las relaciones de interconexión con TELEFÓNICA y MÓVILES ya que es un tema sobre la prestación misma del servicio que deberá ser resuelto por el MTCC. TELEFÓNICA y MÓVILES sostienen que de pronunciarse el CCO sobre esta pretensión además de atribuirse facultades que no le corresponden podría tentar con lo que dicha autoridad resuelva.
- 2.11. TELEFÓNICA y MÓVILES advierten al CCO que lo que la actora pretende en la presente controversia es llevarlo a que se pronuncie sobre aspectos ajenos a su competencia, induciéndolo a pronunciarse a pesar de conocer que la aclaración sobre este tema ha sido solicitada por MÓVILES, Bellsouth Perú

S.A. y Tim Perú S.A.C., mediante carta de fecha 10 de noviembre del año en curso, dirigida al MTCC, la cual aún no ha merecido pronunciamiento del mismo.

- 2.12. Además, TELEFÓNICA y MÓVILES manifiestan que quieren dejar establecido que resulta improcedente que una discusión respecto al artículo 42° inciso j) del Reglamento Especial se vincule a relaciones de interconexión por tratarse de un tema referido a la prestación del servicio troncalizado dentro de los límites del contrato de concesión de NEXTEL.
- 2.13. TELEFÓNICA y MÓVILES señalan que las relaciones de interconexión tienen un ámbito de aplicación delimitado por las normas de interconexión vigentes, desde que la interconexión es de carácter técnico, económico y legal ; y deriva de un acuerdo de las partes o de un Mandato de Interconexión, destinados a hacer viable la conexión de redes, intercambio de señales y todo lo vinculado a ello, mas no a los límites y condicionamientos relativos a la prestación de servicios de los operadores.
- 2.14. TELEFÓNICA y MÓVILES señalan que sus afirmaciones se desprenden de la definición de la interconexión establecida en el artículo 3° del Reglamento de Interconexión que a la letra señala *"Artículo 3°.- La interconexión es el conjunto de acuerdos y reglas que tienen por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por un operador puedan comunicarse con los usuarios de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza, según la clasificación legal correspondiente, prestados por otro operador"* TELEFÓNICA y MÓVILES señalan que conforme se desprende de dicha norma la interconexión no involucra temas referidos a la prestación del servicio de telecomunicaciones, ya que, éste se deriva de lo dispuesto en cada contrato de concesión.
- 2.15. TELEFÓNICA y MÓVILES señalan que el contrato de interconexión no puede suplantar la labor fiscalizadora del Estado para asegurarse que los operadores hacen buen uso de sus concesiones y aplican las normas de interconexión, la cual hace posible el intercambio de comunicaciones entre los clientes de los operadores y toda la normativa está diseñada para este efecto, siendo competencia de cada operador cumplir con las normas que regulan su servicio. TELEFÓNICA y MÓVILES consideran que pretender que el OSIPTEL se irrogue atribuciones que sólo competen al MTCC es muy osado y temerario. Afirman que la forma en que NEXTEL viene prestando el servicio troncalizado constituye un problema de dicha empresa con el Estado y con las empresas con las que compiten, mas no con TELEFÓNICA.
- 2.16. Respecto al derecho de interconexión que NEXTEL alega que le asiste, en virtud de lo dispuesto en la cláusula vigésima de su contrato de concesión que señala: *"Vigésima.- De la Interconexión: La red del servicio concedido, por su carácter de servicio público cuando corresponda, tiene el derecho de interconectarse con otras redes de servicios públicos en concordancia con los Planes Fundamentales del Plan Nacional de Telecomunicaciones"*. TELEFÓNICA y MÓVILES advierten de la propia cláusula, que la interconexión debe ceñirse a los Planes Fundamentales del Plan Nacional de Telecomunicaciones. Indican que lo expuesto, ratifica que dicha disposición no

puede manejarse al margen de las normas vigentes referidas al servicio troncalizado.

- 2.17. TELEFÓNICA y MÓVILES no niegan que TELEFÓNICA remitió a NEXTEL la carta de fecha 6 de noviembre del año en curso, la cual ha motivado la demanda; sin embargo indican que dicha carta en la práctica no ha tenido ningún efecto restrictivo de la relación de interconexión entre TELEFÓNICA, MÓVILES y NEXTEL, en consecuencia, no puede ser utilizada como pretexto para debatir temas que afecten a terceros operadores y tampoco se puede usar como pretexto la interconexión para conseguir una declaración del CCO que avale la actuación de NEXTEL. TELEFÓNICA y MÓVILES concluyen señalando que el tema de fondo es que la interconexión está vigente tal como fue acordada entre TELEFÓNICA, MÓVILES y NEXTEL.

3. PUNTO CONTROVERTIDO

- 3.1. Sobre la primera pretensión, señalada en el punto 1.1.1. del presente voto, las partes han mostrado coincidencia, a través de sus escritos de demanda y contestación, en el sentido de considerar que el artículo 42, inciso j), del Reglamento Específico no es una disposición que permita a TELEFÓNICA o MÓVILES interrumpir o de cualquier otra manera restringir la relación de interconexión entre NEXTEL y cada una de dichas empresas. Por lo tanto, careciendo de sentido que el CCO se pronuncie sobre un aspecto en el que no existe desacuerdo alguno entre las partes y de acuerdo con la Resolución N° 008-2001-CCO/OSIPTEL, esta primera pretensión no ha sido considerada como un punto controvertido.
- 3.2. En cambio, sobre la segunda pretensión, señalada en el punto 1.1.2. del presente voto, las partes han mostrado tener una diferente posición, por lo que conforme a la Resolución N° 008-2001-CCO/OSIPTEL, y con lo expuesto en la Audiencia de Pruebas celebrada el día 15 de marzo de 2001, se ha determinado que el punto controvertido materia de la presente controversia es el siguiente:

Determinar si el artículo 42, inciso j) del Reglamento Específico del Teleservicio de Canales Múltiples de Selección Automática (troncalizado), aprobado mediante Resolución Ministerial N° 412-94-MTC-15.04, es o no una disposición aplicable a la relación de interconexión entre NEXTEL y cada una de las empresas demandadas TELEFÓNICA y MÓVILES.

4. COMPETENCIA DEL CCO PARA CONOCER LA PRESENTE CONTROVERSIA

Con relación a la competencia de OSIPTEL para conocer la presente controversia, se acogen en el presente voto, los fundamentos señalados en el punto V de la resolución suscrita por los otros miembros del este CCO, concluyendo que tratándose de una controversia surgida entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones relacionada con la interconexión del servicio, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones tiene competencia para resolver la misma.

Adicionalmente, consideramos conveniente aclarar a la empresas demandadas

TELEFÓNICA y MÓVILES que el punto controvertido no está dirigido a determinar si NEXTEL debe cumplir con el artículo 42, inciso j) del Reglamento Específico, pues evidentemente, este sería un extremo sobre el cual el CCO no tendría competencia.

De lo que se trata es de determinar si el artículo 42, inciso j) del Reglamento Específico es aplicable o no a la relación de interconexión de NEXTEL con TELEFÓNICA y MÓVILES, en el entendido de que en una relación contractual, es posible que una norma que de ordinario es aplicable para una de las partes, termine resultando no aplicable a dicha relación contractual por alguno de los siguientes motivos:

- a. Que exista una excepción expresa de la ley para dichos casos,
- b. Que no resulte aplicable la ley por la naturaleza de las cosas,
- c. Que por mutuo acuerdo de las partes contratantes, se declare que la referida norma no es aplicable a la relación contractual, siempre que ésta se encuentre dentro del ámbito de los derechos disponibles.

Determinar si en el presente caso estamos ante uno de los tres supuestos antes indicados, y por ende si la norma es o no es aplicable a la relación de interconexión, es competencia de OSIPTEL, de conformidad con los artículos 78° de la Ley de Telecomunicaciones, y 53° inciso b del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo 008-2001-PCM.

5. MEDIOS PROBATORIOS

Considerando que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juzgador respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, es que se considera pertinente pasar a detallar los medios probatorios en los cuales se basa el presente voto.

5.1. Medios probatorios ofrecidos por NEXTEL

- 5.1.1. Copia de la Carta GGG-127-A-3057-00 de fecha 06 de noviembre de 2000, remitida a NEXTEL por TELEFÓNICA. Esta carta obra a fojas 33 del expediente principal y con ella prueba el hecho de que el pasado 8 de noviembre NEXTEL recibió la carta No.GGG-127-A-3057-00 de TELEFÓNICA fechada el 6 de octubre, en la que dicha empresa, haciendo referencia expresa al Contrato de Interconexión y con relación al mismo, le comunica que estaría adoptando los "procedimientos técnicos que aseguren el cumplimiento del inciso j) del artículo 42 del Reglamento Específico del Teleservicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática "
- 5.1.2. Copia de la carta GL-743/00 de fecha 8 de noviembre de 2000. Esta carta obra a fojas 34 del expediente principal, en la que NEXTEL responde a TELEFÓNICA con relación a la ilegalidad y contravención del Contrato de Interconexión vertidas en la carta mencionada en el punto 5.1.1.
- 5.1.3. Copia de la carta GGR-127-A-3092-00 de fecha 17 de noviembre de 2000 cursada por TELEFÓNICA a NEXTEL. Esta carta obra a fojas 38 del expediente principal, y en ella TELEFÓNICA precisa que la adopción de los "procedimientos técnicos que aseguren el cumplimiento del inciso j) del artículo 42 del

Reglamento Específico" se dan por haber "coordinado las acciones necesarias" dejando en claro que no se han modificado en absoluto, ni el contrato, ni las condiciones de interconexión.

- 5.1.4. Copia del Contrato de Interconexión suscrito el 17 de junio de 1999 entre NEXTEL y TELEFÓNICA, obrante a fojas 40 a 51 en el archivo de información confidencial, de conformidad con lo dispuesto mediante Resolución 001-2000-CCO/OSIPTEL.
- 5.1.5. Copia del Oficio No. 046-90-1v1tc/15.03 de 10 de febrero de 1999, dirigido por el Despacho Vice Ministerial del MTCC a TELEFÓNICA; obrante a fojas 113 del expediente principal.
- 5.1.6. Copia del Oficio No. 191-GG/99 de 12 de febrero de 1999 dirigido por OSIPTEL a TELEFÓNICA; obrante a fojas 116 del expediente principal.
- 5.1.7. Copia de La Resolución Ministerial No. 385-98-MTC/15.03 del 22 de diciembre de 1998; obrante a fojas 117 del expediente principal. Mediante la cual se reconoce a NEXTEL del Perú S.A. la titularidad de la concesión otorgada por resolución Ministerial 073-96-MTC/15.17. Así como la titularidad de las concesiones otorgadas a MASTERCOM TRUNKING S.A. , RADIONET S.A. y DUALCOM S.R. LTDA, mediante Resoluciones Ministeriales 132-95-MT-15.04, 534-95-MTC-15.17, 467-95-MTC-15.17 y 070-96-MTC-15.17.
- 5.1.8. Copia de la Resolución Ministerial No. 102-2000-MTC.15.03; obrante a fojas 120 del expediente principal, con la cual se amplía el área de cobertura autorizada a NEXTEL.
- 5.1.9. Protocolo de Pruebas de Llamadas y Servicios firmadas por el personal técnico de NEXTEL y TELEFÓNICA; obrante a fojas 122 a 124. Con este documento se busca acreditar que las pruebas de interconexión que se hicieron en su oportunidad demostraron que se aprobaron llamadas que llegaron incluso a los 30 minutos. Sin embargo, debe indicarse que el detalle no es claro, pues en el Informe de Pruebas de Interconexión NEXTEL-TELEFÓNICA se concluye que "Como resultado final de estas pruebas se concluye la no existencia de causas que impida la puesta del servicio de esta ruta", pero no queda claramente establecido el tema de las llamadas que llegaron incluso a los 30 minutos. No obstante, dado que TELEFÓNICA no ha negado este punto, deberá tenerse por cierto.
- 5.1.10. Actas de Liquidaciones de los meses de julio de 1999 y agosto de 2000; obrante a fojas 125 del expediente principal. Con este documento NEXTEL acredita la existencia de llamadas que exceden incluso los 100 minutos. En el Acta Final de Conciliación de Tráficos se indica que el "Total de Llamadas" y el "Total de Minutos Conciliados" Sin embargo, debe indicarse que no aparece expresamente señalada la duración de cada una de las llamadas.
- 5.1.11. Copia de la Resolución No. 002-2000-MCI-CCO/OSIPTEL, obrante a fojas 128 del expediente principal, de la cual consta que con fecha 20 de noviembre del 2000, el CCO ordenó a TELEFÓNICA abstenerse de adoptar cualquier medida

que tenga por objeto interrumpir o de cualquier otra manera restringir la relación de interconexión con NEXTEL.

- 5.1.12. Reporte comparativo de tráfico generado por los servicios de conexión directa y facilidad de interconexión telefónica elaborado por NEXTEL obrante a fojas 136 del expediente principal.
- 5.1.13. Copia del Memorándum elaborado por NEXTEL referente a la aplicabilidad y razonabilidad del artículo 42, inc. J) del Reglamento Específico, obrante a fojas 138 del expediente principal, donde se analizan las características y diferencias entre el sistema analógico y el digital, indicando que la razón de la norma era no permitir conversaciones largas para evitar la saturación de canales.
- 5.1.14. Copia de la Resolución Vice-Ministerial No. 090-2000-MTC/15.03, obrante a fojas 140, del expediente principal, donde se le asigna a NEXTEL espectro radioeléctrico.
- 5.1.15. Copia del Informe de la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América, obrante a fojas 143 del expediente principal.
- 5.1.16. Copia de la Publicación de la Solicitud de Ampliación de Concesión de NEXTEL a los Departamentos de Ancash, Ica y La Libertad, obrante a fojas 320 del expediente principal.
- 5.1.17. Copia del Informe elaborado por NEXTEL sobre Situación del Mercado de Servicios Móviles, obrante a fojas 321 del expediente principal.
- 5.1.18. Copia del Informe elaborado por NEXTEL sobre Llamadas de Interconexión TELEFÓNICA iguales o mayores a 180 segundos, obrante a fojas 323 del expediente principal, en donde se presenta un cuadro comparativo que contrasta las llamadas de interconexión telefónica entrantes y salientes, hacia y desde la red de NEXTEL con una duración igual o mayor a tres minutos, respecto del total de llamadas de interconexión telefónica.

5.2. Medios probatorios ofrecidos por TELEFÓNICA y MÓVILES

- 5.2.1. Copia de la Carta GGG-127-A-3057-00 de fecha 06 de noviembre de 2000, remitida por TELEFÓNICA a NEXTEL obrante a fojas 33 del expediente principal.
- 5.2.2. El mérito de la copia de la carta remitida por NEXTEL a TELEFÓNICA, con fecha 8 de noviembre del año en curso, obrante a fojas 341 del expediente principal.
- 5.2.3. El mérito de la copia de la carta remitida por TELEFÓNICA a NEXTEL, con fecha 17 de noviembre del año en curso, obrante a fojas 345 del expediente principal.
- 5.2.4. El mérito de la copia de la carta remitida por MÓVILES, Bellsouth Perú S.A. y TIM Perú S.A.C., con fecha 10 de noviembre del año en curso, al MTC, obrante a fojas 16 del expediente principal.

5.2.5. La exhibición realizada por NEXTEL de todos los contratos de concesión para prestar el servicio troncalizado en sus distintas modalidades, vigentes con el Estado peruano, de conformidad con lo establecido en el artículo 260° del Código Procesal Civil. Mediante escrito de fecha 14 de marzo del 2001, NEXTEL cumplió con presentar esta documentación, solicitando se le otorgue el carácter de confidencial. Al respecto, debe indicarse que mediante Resolución 0011-2001-CCP/OSIPTEL el CCO declaró como información confidencial toda la documentación presentada por NEXTEL y le requirió a dicha empresa la presentación de un "resumen no confidencial" de la información declarada como reservada. Esta documentación obra a fojas 490 y siguientes en el archivo de información confidencial.

5.3. Medios probatorios ordenados de oficio

El CCO consideró necesario solicitar a la Unidad Especializada en Concesiones de Telecomunicaciones (UECT) del MTCC, un informe detallado sobre el procedimiento administrativo iniciado contra NEXTEL con fecha 19 de diciembre de 2000 por presunta comisión de infracciones a la normativa de Telecomunicaciones. Al respecto, se advierte que con fecha 15 de marzo del 2001, la UECT remite el Oficio 445-2001-MTC/15.03.UECT donde informa que el procedimiento se encuentra en trámite. La documentación alcanzada obra a fojas 660 y siguientes del expediente principal.

5.4. Medio probatorio declarado improcedente

Se deja constancia que la pericia ofrecida por TELEFÓNICA y MOVILES fue declarada improcedente en la Resolución 008-2001-CCO/OSIPTEL por considerarse un medio probatorio innecesario, en la medida de que esta prueba se encontraba destinada determinar si TELEFÓNICA contaba con la capacidad técnica de limitar desde sus centrales, las llamadas a los usuarios de NEXTEL y si NEXTEL se encuentra en la capacidad técnica de limitar desde sus centrales las llamadas de sus usuarios a ciento ochenta segundos; y, al respecto, ambas partes manifestaron su coincidencia respecto a que tanto TELEFÓNICA y TELEFÓNICA no tenían la facultad para restringir la relación de interconexión con NEXTEL en virtud del artículo 42, inciso j del Reglamento Específico.

6. MARCO CONCEPTUAL

6.1. Estado e inversiones

6.1.1. El rol del Estado

Una pregunta relevante que surge es la referida al modelo constitucional consagrado entre nosotros, pues de ahí se establece un marco importante de permisibilidad sobre las diferentes perspectivas desde las que podría ser analizada una norma, como ser en este caso el Reglamento Específico que nos ocupa.

El artículo 58 de la Constitución Política del Perú señala a la letra lo siguiente:

Artículo 58º.-Economía Social de Mercado: La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Así también, el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, vuelve a hacer referencia a la Economía Social de Mercado señalando en su artículo 2º lo siguiente:

Artículo 2.- El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.

¿Qué significa Economía Social de Mercado? Significa que la economía queda librada a manos del mercado y el papel del Estado es mínimo, interviniendo solo para corregir distorsiones. Este principio aplicado al tema de las inversiones significaría que el Estado no puede decidir qué ni para qué producir, sino que son los agentes económicos quienes deben determinar cómo asignarse los recursos existentes

La característica de dejar el manejo de la economía al mercado y dejar para el Estado solo un rol subsidiario, constituye una de las fórmulas finales a la que ha llegado la sociedad actual, lográndose así una suerte de compensación entre el liberalismo inicial y el socialismo tradicional. De Trazegnies se refiere a ésta sociedad como "post moderna"¹, y es el modelo de sociedad que debemos tener presente cuando analizamos las normas jurídicas, a fin de determinar su coherencia o no con la realidad a la que debe servir.

Es aquí, donde llegamos a la importancia del papel que le compete al Estado, puesto que es el Estado, en última instancia, es el que define las leyes y el que las interpreta. En un inicio se optó por sostener la intervención del Estado en cualquier situación de conflicto, sin embargo, Coase² vino a poner al descubierto lo que en su opinión no eran sino inconsistencias en la interpretación del papel del Estado derivado del modelo neoclásico. El modelo neoclásico, había aceptado que la ausencia de alguna de las condiciones ideales que hacía posible alcanzar la eficiencia del mercado, debía de ser corregida por medio de la intervención gubernamental. Frente a esto Coase³ manifiesta lo que, a su criterio, era la debilidad de tal proposición en tanto los costos de intervención del Estado no habían sido tomados en cuenta.

Este análisis implicaba replantear la intervención del Estado en las relaciones de los ciudadanos y concebir que tal intervención solo resultaba justificable cuando el costo de la intervención del Estado, era menor que los costos que se derivaban de las fallas que se intentaban corregir.

¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. "El Derecho Civil ante la Post Modernidad" EN: DERECHO N° 45 Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 1991, p. 287.

² COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost" Journal of Law and Economics, 1960, p. 1-44.

³ Idem

Al margen de que se acepte o no el criterio propuesto, lo que sí debe considerarse es que siempre que el Estado intervenga, dicha intervención debe estar orientada a aplicar criterios normativos o jurisprudenciales que se orienten a alcanzar la eficiencia en la asignación de recursos. De ahí la importancia de que al analizar los efectos de la aplicación de las leyes, en el presente caso del Reglamento Específico, sea importante considerar los efectos que tienen sobre las decisiones de los agentes económicos y sobre la sociedad en su conjunto.

Más aún, considerando que en una Economía Social de Mercado, el Estado no puede decidir qué ni para qué producir, entonces es aquí cuando la claridad de las normas son el único medio por el cual los agentes económicos pueden determinar cómo asignarse los recursos existentes. En este caso, el Reglamento Específico ha sido una de esas reglas que ha determinado que ciertos agentes opten por invertir en un sector y no en otro. Por ello el estudio que se haga en la presente controversia para determinar la aplicación del Reglamento Específico, no solo debe buscar evitar el daño que se pudiere ocasionar a la demandante y a los usuarios; sino también el daño que con una interpretación contra la letra de la ley se podría ocasionar en los competidores locales, que de haber previsto que la aplicación de la norma era diferente a lo que, en principio se suponía que era, hubieran también actuado de manera diferente. Además deberán también preverse las consecuencias de la decisión para potenciales inversionistas en el sector.

6.1.2. Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada

La Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, aprobada por Decreto Legislativo 757, señala en su primer artículo que tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las leyes. En tal sentido, señala también que los derechos, garantías y obligaciones, establecidas en ella son de aplicación a todas, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país.

El artículo 9 de la indicada ley, señala que queda derogada toda disposición legal que fije modalidades de producción o índices de productividad, que prohíba u obligue a la utilización de insumos o procesos tecnológicos y, en general, que intervenga en los procesos productivos de las empresas en función al tipo de actividad económica que desarrollen, su capacidad instalada, o cualquier otro factor económico similar, salvo las disposiciones legales referidas a la higiene y seguridad industrial, la conservación del medio ambiente y la salud.

Así también el Artículo 11 señala que el Estado asegura la prestación de servicios públicos básicos promoviendo la participación del sector privado, a fin de mejorar la calidad de los servicios.

En la resolución final suscrita por los otros miembros de este CCO, se señala que el Decreto Legislativo 757 prohíbe a todos los organismos del Estado interferir en los procesos tecnológicos o productivos de las empresas privadas, por lo que en principio la disposición contenida en el artículo 42° inciso j) del Reglamento Específico del Servicio Troncalizado implicaría una interferencia no justificada en el proceso productivo de las empresas prestadoras del servicio troncalizado. Sin embargo, como

el Reglamento Específico del Servicio Troncalizado fue promulgado cuando el Decreto Legislativo 757 se encontraba en vigencia, las disposiciones de esta Ley tienen que haber sido necesariamente observadas por el MTCC al momento de emitirse dicho Reglamento. De allí que los otros miembros de este CCO concluyan que el único motivo por el cual se pudo emitir la disposición contenida en el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico del Servicio Troncalizado debió haber sido la de preservar la calidad del servicio troncalizado, ya que utilizando la tecnología analógica imperante en ese momento, la realización de llamadas telefónicas desde un equipo troncalizado habrían saturado el espectro disponible, degradando la calidad de dicho servicio. Los otros miembros de este CCO consideran por ello que el artículo 42° inciso j) del Reglamento Específico de Troncalizado sólo puede haber sido emitido con el objeto de preservar la calidad del servicio troncalizado, por lo que su aplicación a un sistema que no presenta tales limitaciones no tendría ninguna justificación permitida por el Decreto Legislativo 757.

Además los otros miembros de este CCO, consideran que la aplicación de dicha disposición a la prestación del servicio utilizando la tecnología digital constituiría una limitación injustificada a la interconexión -la cual ha sido declarada como de interés público- existente entre las empresas. Al ser el servicio troncalizado un sustituto de la telefonía celular y PCS, OSIPTEL no puede aplicar la norma analizada únicamente a una tecnología específica - el troncalizado-, y no a las demás competidoras, puesto que ello implicaría un trato discriminatorio según el artículo 5° del Reglamento de OSIPTEL y no cumplir con el principio de "regular servicios y no tecnologías"

En nuestra opinión, consideramos que podría ser posible que estemos ante una limitación injustificada a la interconexión del servicio troncalizado, el mismo que siendo un sustituto de la telefonía celular y PCS, en principio, no debería tener esta limitación frente a las demás competidoras. Sin embargo, de ser ello así, lo que resultaría incorrecto es el texto de la norma del artículo 42° inciso j) del Reglamento Específico, no el hecho de que dicha norma sea aplicable a la relación de interconexión entre NEXTEL y TELEFÓNICA. Es decir, el hecho que el contenido de la norma no sea el más adecuado o razonable, no la hace de por sí inaplicable.

Frente a ello, consideramos que la solución sería optar por la modificación de la norma y no dejar de aplicar la misma a la relación de interconexión; puesto que es la existencia de la norma la que origina el problema y su aplicación a la interconexión, es solo una consecuencia más de que ésta norma, es decir el artículo 42° inciso j) del Reglamento Específico, permanezca vigente y sea aplicable.

Discutir sobre si es o no aplicable el artículo 42° inciso j) del Reglamento Específico a través de una concordancia con el Decreto Legislativo 757, es muy relativo, pues si bien lo más razonable es que esta norma haya sido emitida con el objeto de preservar la calidad del servicio troncalizado, esta presunción no es de absoluta certeza y admite prueba en contrario, desde que no es del todo cierto que no existiría ninguna otra justificación permitida por el Decreto Legislativo 757, fuera del tema de la calidad.

Si nos acogemos a la letra de la ley, efectivamente el artículo 9 del Decreto Legislativo 757, señala que *“queda derogada toda disposición legal que fije modalidades de producción o índices de productividad, que prohíba u obligue a la utilización de insumos o procesos tecnológicos y, en general, que intervenga en los procesos productivos de las empresas en función al tipo de actividad económica que*

desarrollen, su capacidad instalada, o cualquier otro factor económico similar, salvo las disposiciones legales referidas a la higiene y seguridad industrial, la conservación del medio ambiente y la salud." (subrayado nuestro)

Es decir, la norma solo establece como excepciones los temas de higiene y seguridad industrial, la conservación del medio ambiente y la salud. No establece el tema de preservar la calidad de los servicios. A la calidad de los servicios, se hace referencia en el artículo 11 de la misma ley, como un objetivo del Estado en la prestación servicios públicos, por lo que promueve la participación del sector privado.

Entonces, no queda claro que el único motivo por el cual se pudo emitir la disposición contenida en el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico debió ser el de preservar la calidad del servicio troncalizado, desde que la calidad no estaba considerada como una excepción en el artículo 9 del Decreto Legislativo 757. Por eso no se puede dar por cierta la afirmación de que los motivos para emitir la referida norma fueron los de preservar la calidad. Es posible que ello haya sido así, pero también es posible que no. Este CCO no cuenta con los instrumentos para conocer esa verdad, tanto por el hecho de que los medios probatorios no dan luces sobre el tema, como también por el hecho de que el MTCC, que podría con acierto dar una opinión sobre este punto, no se ha pronunciado sobre los motivos o necesidades existentes al tiempo de la emisión de la norma.

De otro lado no consideramos que se esté incumpliendo el principio de "regular servicios y no tecnologías", pues si bien el servicio troncalizado, desde el punto de vista de los compradores, es un sustituto de la telefonía celular y PCS, como ya se ha señalado en el Oficio N° 046-99-MTC/15.03, se trata de servicios diferentes. Recogemos para estos efectos lo señalado en el mencionado oficio, en cuanto a las diferencias que pueden recogerse.

“

- i. *La configuración y operación de la red del servicio troncalizado digital de la empresa Nextel del Perú S. A. no determina que sea una red de telefonía móvil celular, ya que la tendencia de los nuevos servicios es emplear celdas de pequeño radio de cobertura que son más eficientes en el reuso de frecuencias. En otras palabras, la tecnología y configuración celular no son exclusivas de la tecnología móvil.*
- ii. *Cuando una empresa sea capaz de prestar varios servicios en una sola banda de operación de manera autónoma, siendo este hecho independiente de la posible interconexión con redes de otros servicios, entonces se tratará de “servicios integrados”, en cuyo caso requerirá de una concesión para cada uno de los servicios involucrados. El presente no es tal caso.*
- iii. *La tecnología digital permite brindar ciertas facilidades a los abonados de este servicio, como la de interconectarse con otras redes de telecomunicaciones (celular, fija, etc.).*
- iv. *Cuando las comunicaciones se establezcan utilizando sólo la red del sistema troncalizado, la tarifa cobrada irá directamente a Nextel; mientras que cuando las comunicaciones se originen de un terminal del*

servicio troncalizado y terminen en la red celular (haciendo uso de la interconexión), la tarifa cobrada al abonado, incluirá además de los costos por el uso de la red de troncalizado, los costos por el uso de la red celular, lo que será trasladado al operador de la red celular. “

Más aún, no solo se trata de servicios diferentes, sino se podría decir hasta incompatibles. La FCC ha establecido, tal como se menciona en el Reporte Tercero, que la tecnología de NEXTEL es incompatible con las redes celulares y de PCS, y que por tanto es imposible que exista la facilidad de roaming con dichas redes.

Finalmente, consideramos que sobre la base de suposiciones resulta un tanto arriesgado presumir y dar por ciertos los motivos que tuvo el legislador del artículo 42° inciso j) del Reglamento Específico para dar dicha norma. No existe en ninguno de los medios probatorios admitidos en la presente controversia, un instrumento que nos permita llegar a conocer la real voluntad legislativa. Sobre todo y lo más importante, tampoco se conocen los motivos que pudo tener el legislador para no derogarla conjuntamente con otras disposiciones del Reglamento Específico que sí fueron derogadas en los años 1995⁴ y 1997⁵, sobre todo si consideramos que sí fue derogada la norma del artículo 26° del Reglamento Específico que prohibía al concesionario del servicio público troncalizado operar su servicio de modo que constituyera competencia con el servicio de telefonía móvil celular. Por lo tanto, consideramos que pretender conocer las motivaciones del legislador del artículo 42° inciso j) del Reglamento Específico, a partir de una interpretación del texto del Decreto Legislativo 757 no es suficiente, desde que no aclara todas las dudas y contradicciones que aparecen en el camino.

6. 2. Interconexión

6.2.1. Alcances y objeto

La interconexión, en el sector de las telecomunicaciones, busca lograr la integración de redes y servicios⁶, eventualmente diferentes, creándose una gran red a través de la cual, los usuarios pueden acceder a múltiples servicios de telecomunicaciones usando la misma infraestructura, permitiendo que los usuarios tengan una mayor diversidad de servicios a su disposición, ampliando sus opciones de consumo en condiciones de calidad y a precios competitivos.

El Artículo 3 del Reglamento de Interconexión aprobado por Resolución N° 001-98-CD/OSIPTel, define a la interconexión como el *"conjunto de acuerdos y reglas que tienen por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados*

⁴ Resolución Ministerial 120-95-MTC-15.04

⁵ Resolución Ministerial 373-97-MTC-15.03

⁶ La Resolución N° 028-99-GG-OSIPTel del 13 de mayo de 1999, entiende por red de telecomunicaciones a la infraestructura o instalación que establece una red de canales o circuitos, para conducir señales de voz, sonidos, datos, textos, imágenes u otras señales de cualquier naturaleza, entre dos o más puntos, definidos por medio de un conjunto de líneas físicas, enlaces radioeléctricos, ópticos o de cualquier tipo, así como por los dispositivos o equipos de conmutación asociados para tal efecto. Para el caso de los servicios públicos es establecida y explotada por una o más empresas, con la finalidad específica de ofrecer servicios de telecomunicaciones al público y se le denomina Red Pública de Telecomunicaciones.

por un operador puedan comunicarse con los usuarios de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza, según la clasificación legal correspondiente, prestados por otro operador".

6.2.2. La interconexión en el sector de las telecomunicaciones es un asunto de interés público

El Artículo 7 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones⁷ establece que "la interconexión de las redes y los servicios públicos de telecomunicaciones es de interés público y social". En este mismo sentido, el Artículo 106 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones⁸, señala que "la interconexión de las redes de los servicios públicos de telecomunicaciones entre sí es de interés público y social y, por tanto, es obligatoria. La interconexión es una condición esencial de la concesión".

La calificación de la interconexión como de interés público se encuentra, asimismo, recogida en el Artículo 4 del Reglamento de Interconexión⁹ que señala que *"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 del OSIPTEL del presente Reglamento y del ordenamiento legal aplicable"*

De las normas mencionadas se establece que la interconexión tiene un carácter obligatorio e imperativo que, en el caso de incumplimiento por las empresas operadoras, es una potencial causal de terminación anticipada del contrato de concesión.

6.2.3. La interconexión en el sector de las telecomunicaciones es condición esencial de la concesión

El artículo 5 del Reglamento de Interconexión señala que *"La obligatoriedad de la Interconexión constituye condición esencial de la concesión de los servicios portadores o finales, respecto de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, con sujeción al Artículo 11 de la Ley y al Artículo 106 del Reglamento General. los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones a que se refiere el párrafo anterior, no podrán negar la interconexión a otros operadores, siempre que estos últimos cumplan con las condiciones necesarias para dicho efecto y cuenten con la capacidad técnica apropiada...."*

Esta característica obliga a que todos los contratos de concesión consignen como una principal obligación para el concesionario la de interconexión.

6.2.4. Importancia de la interconexión para el desarrollo de un mercado en competencia

⁷ Aprobado por DECRETO SUPREMO N° 013-93-TCC

⁸ Aprobado por Decreto Supremo N° 06-94-TCC

⁹ Aprobado por Resolución N° 001-98-CD-OSIPTEL

Es innegable la importancia de la interconexión para un mercado en competencia. Esto en realidad es parte de un sistema cuya norma fundamental es el artículo 61 de la Constitución.¹⁰ que impone como exigencia al Estado velar por la competencia.

Así también, el Artículo 2 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones declara de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de libre competencia. Señala que su fomento, administración y control corresponde al Estado de acuerdo a la presente Ley.

En la misma línea, el artículo 6 de la norma antes citada señala que le corresponde al Estado fomentar la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regular el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controlen los efectos de situaciones de monopolio, se eviten prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.

Por todo lo señalado, es indudable que en el sector de los servicios públicos de telecomunicaciones, la interconexión es elemento fundamental para el desarrollo de una plena y efectiva competencia y corresponderá al Estado impedir cualquier práctica monopólica, así como evitar que por la vía de la facultad del Estado de otorgar titularidades se limite la competencia entre empresas, pues ello implicaría crear limitaciones para entrar al mercado y poder competir.

Sin embargo, también es importante aclarar que si bien la posibilidad de que los servicios de telecomunicaciones compitan entre sí, es un fin establecido no solo a nivel constitucional y por las normas del sector, sino también en la legislación general sobre libre competencia¹¹ y en la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.¹² , dicha competencia debe darse dentro del irrestricto respecto a la buena fe comercial, lo que implica no contravenir las cláusulas pactadas en el contrato, ni las normas legales por las cuales éste deba de regirse. Sostener lo contrario, significaría permitir la modificación unilateral de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos, bajo la idea equivocada de que por la competencia todo estaría permitido. Una interpretación de este tipo, atenta contra la seguridad jurídica de los contratos, esencial para el crecimiento de las inversiones en el sector privado y , finalmente, para la preservación de la competencia misma.

¹⁰ Constitución Política del Perú: "Artículo 61°.-Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares."

¹¹ DECRETO LEY N° 26122 (Ley sobre Represión de la Competencia Desleal) DECRETO LEGISLATIVO N° 701 (Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia) DECISIÓN 285 (ACUERDO DE CARTAGENA (Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia) RESOLUCION N° 006-2000-CCD-INDECOPI (Lineamientos sobre Competencia Desleal) DECRETO SUPREMO N° 039-2000-ITINCI (Texto Unico Ordenado de la Ley de Represión de la Competencia Desleal)

¹² Decreto Legislativo 757

En tal sentido, si bien el derecho a la interconexión es irrestricto, sin embargo las condiciones en que deba darse dicha interconexión en uno u otro contrato son pactadas por las partes en los contratos respectivos y de acuerdo a los requisitos exigidos para cada tipo de concesión, sin que ello deba considerarse contrario a la competencia, pues en buena cuenta se trata de servicios que compiten entre sí con las condiciones impuestas al momento en que se negoció su concesión.¹³

6.2.5. Intervención de OSIPTEL en la negociación de los contratos de interconexión

OSIPTEL es la entidad que supervisa la libre y leal competencia, así también cuenta con facultades regulatorias, con competencia exclusiva, sobre la interconexión en telecomunicaciones. En tal sentido, se le ha facultado para adoptar las medidas necesarias que permitan la interconexión en concordancia con los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones¹⁴ y con los compromisos internacionales del Perú en el seno de la Organización Mundial de Comercio.

En lo que respecta a la negociación de los contratos de interconexión, se ha previsto que la intervención de OSIPTEL, se de en supuestos específicos, sólo en ausencia de la voluntad de las partes o cuando, existiendo ésta, la misma se aleja de los principios y criterios claramente establecidos en dicha normativa.

OSIPTEL ha indicado en su Resolución N° 028-99-GG-OSIPTEL que *“la experiencia internacional en esta materia demuestra que (i) no existe un mercado competitivo para la interconexión y, de hecho, los operadores dominantes pueden tener incentivos para realizar actos anticompetitivos sobre un mercado específico y, (ii) hay desequilibrio en el poder de negociación entre las partes; circunstancias que, entre otras, han determinado que se establezca un sistema normativo adecuado para la interconexión, así como también un órgano regulador con potestades suficientes para establecer -a través de decisiones administrativas- las relaciones de interconexión cuando como producto de las negociaciones entre las empresas (a) no se concreten los contratos de interconexión; (b) de haberse concretado, éstos no generan resultados eficientes y óptimos o, (c) éstos se apartan de la regulación normativa vigente o los principios contenidos en ella.”*¹⁵

Esta cita resulta importante, porque en su último párrafo aclara que la interconexión si bien es un derecho irrestricto, no puede ir en contra de la regulación normativa vigente o los principios contenidos en ella. En tal sentido la aplicación del Reglamento Específico debe ser tomada como la aplicación de la normativa vigente y no como un caso de imposición de límites injustificados al derecho de interconectarse.

6.2.6. Normas aplicables a los contratos interconexión

¹³ No debe olvidarse que el otorgamiento de la autorización a NEXTEL es posterior a la existencia de la normatividad cuya aplicación se discute.

¹⁴ Aprobados con Decreto Supremo N° 020-98-MTC

¹⁵ La Resolución N° 028-99-GG-OSIPTEL del 13 de mayo de 1999 fue publicada en el Diario Oficial EL Peruano el día 14 de mayo de 1999.

El artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones señala lo siguiente:

“Artículo 109: Los acuerdos de interconexión deben constar por escrito y deben estar en armonía con los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso. Su ejecución debe realizarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes.”

Los contratos de interconexión deben sujetarse a lo establecido por la Ley, al Reglamento, los reglamentos específicos, los planes técnicos fundamentales contenidos en el Plan Nacional de Telecomunicaciones, así como a las disposiciones que dicte el OSIPTEL.” (Subrayado nuestro)

La segunda parte de la norma transcrita suele aparecer en muchos cuerpos legislativos y tiene como uno de sus objetivos fundamentales resguardar la licitud de los contratos¹⁶. Sin embargo adicionalmente a ello se busca lograr la mayor eficiencia en la contratación, pues da por sentada la aplicación de ciertas normas a los contratos de interconexión, aún en el hipotético caso que las partes olvidaran expresamente mencionarlas.

Adicionalmente debe indicarse que todo contrato en principio considera de aplicación todas las normas pertinentes pertenecientes al ordenamiento jurídico por el cual se rige. De lo contrario, resultaría sumamente oneroso y encarecería injustificadamente el costo de la contratación, el que las partes se vieran forzadas a mencionar todas y cada una de las normas que implícitamente gobiernan el contrato, empezando por la Constitución y terminando por normas y reglamentos más específicos.

Es por ello, que en un contrato las partes se ocupan básicamente de delimitar el alcance y contenido de sus derechos disponibles, dejándose por sentado que las disposiciones de la ley son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.¹⁷ Además ello está de acuerdo con el principio de libertad contractual, por el cual las partes pueden determinar libremente el contenido de cada contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.¹⁸

El artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones expresamente ordena que los contratos de interconexión deben sujetarse a lo establecido por los reglamentos específicos, en tal sentido consideramos que además de todas las demás normas que implícitamente gobiernan a los contratos de interconexión, los Reglamentos Específicos deben ser de obligatorio cumplimiento

¹⁶ Según el artículo 140, inciso 3 del Código Civil, los contratos deben tener fin lícito, de lo contrario devienen en nulos, de conformidad con el artículo 219 del mismo cuerpo legal.

¹⁷ Así también lo establece el artículo 1356 del Código Civil, que a la letra señal, “Artículo 1356.- Carácter supletorio de las normas sobre contratación.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.”

¹⁸ Así lo señala el artículo 1354 del Código Civil, que a la letra dice “Artículo 1354.- Libertad contractual Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.”

para la parte contratante que corresponda, aún dentro de las relaciones originadas por contratos de interconexión.

La primera parte del artículo bajo comentario, se refiere a que la ejecución de los contratos de interconexión debe realizarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes. Esto supone el respeto a las normas vigentes y que resulten de obligatorio cumplimiento, como es el caso de los Reglamentos Específicos, que han sido, como antes hemos indicado, expresamente mencionados en las norma. En todo caso, en base al principio de buena fe, la parte que se considerase exonerada del cumplimiento de una regla que, de ordinario, resultaría aplicable, se encontraría obligada a hacer constar expresamente dicha situación, a fin de que sea recogida en el contrato.

6.3. Concesiones e inversión

6.3.1. Concesiones

El desarrollo de una infraestructura adecuada para la prestación de servicios públicos con un nivel aceptable de eficiencia, resulta ser de inmediata prioridad para muchos gobiernos. La inversión de bienes de capital requerida para hacer frente a la demanda de infraestructura es tan costosa que el Estado encuentra cada vez más dificultades para la ejecución de estas grandes obras, considerando además que en muchos casos no están destinadas a reportar al Estado un nivel de ingreso capaz de recuperar en un corto tiempo la inversión realizada. Una solución que está siendo puesta en práctica por muchos gobiernos es la de incluir la activa participación del sector privado en proyectos de infraestructura y prestación de servicios públicos.

Estos proyectos, por su propia naturaleza y propósito, muestran características singulares con relación a otros proyectos del sector privado. Debido a sus ventajas resultan de interés para muchos grupos económicos y también para el Estado, dada la naturaleza esencial de los servicios que pueden brindarse. Una de las características más significativas que estos proyectos presentan es su estructura financiera. Dado que requieren de grandes sumas de dinero y que generalmente suelen ser de larga elaboración, así los flujos de fondos netos positivos se acumulan sólo cuando el proyecto va bien en la fase de operación. Es por ello que debido a esta incertidumbre inicial y al fuerte monto que representan los egresos de fondos, los inversionistas expresan extrema precaución al invertir en tales proyectos. Por lo tanto, para atraer la inversión privada, la estructura del proyecto deberá considerar todos los aspectos vinculados al riesgo y restitución a los accionistas y prestamistas.

Durante los últimos años se han venido desarrollado algunas estructuras novedosas para el financiamiento y operación de este tipo de proyectos, ayudando a atraer al sector privado en la inversión en proyectos principalmente en materia de servicios públicos. Sin embargo, al lado de novedosas figuras que provee el sistema, aparece la tradicional figura de la concesión.

El sistema de concesión provee una herramienta útil para conseguir nueva expansión de infraestructura y prestación de servicios en aquellos países en vías de desarrollo que son capaces de atraer inversión accionaría privada y financiamiento de la deuda sobre la base de un organismo desarrollado con leyes de contrato que equilibra los intereses privados y públicos.

La concesión consiste en un acto de la administración pública por el cual, esta encomienda a un tercero la organización y funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones. En este contrato, asume el tercero la prestación del servicio a su propia voz y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios, o en Subvenciones o garantías que le fueran reconocidas, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa.

Algunos sostienen que la concesión es la atribución de poder que la administración confiere a un particular para que rija durante cierto tiempo la gestión de un servicio, atribución que puede ir precedida de la ejecución por parte de aquel, de una obra pública. Así puede entenderse que la concesión de servicio público "es un convenio hecho entre una colectividad pública y un particular (individuo o sociedad) en virtud del cual, este último, llamado concesionario, se compromete a hacer funcionar el servicio por su cuenta y riesgo, a una remuneración recibida de los usuarios".

Inicialmente se pensaba que la concesión iba ligada a una previa ejecución de una obra y que al explotarla se remuneraba al contratista; posteriormente se le concibe como una operación compleja cuyo elemento más importante no es la construcción sino la explotación consistente en la gestión de un servicio público, y se llega a aceptarla como medio de realización de determinados servicios públicos sin obra previa especial.

En los contratos de concesión, la prestación del servicio de por sí ya incluía la obligación de operar el sistema y la obligación de devolver la posesión del mismo a cabo de determinado lapso de tiempo, adicionalmente, en los casos de servicios públicos donde existía un compromiso de prestar el servicio conforme al avance de los adelantos técnicos, adicionalmente se podía presentar la obligación de construir. Actualmente queda muy claro que lo más importante en la concesión de obra pública es la construcción y la explotación posterior de ella. Esta explotación posterior es realmente la prestación de un servicio público, pero englobado dentro del concepto de explotación inherente a la construcción de obra. Esta característica relativa a la explotación de la obra construida mediante concesión, explotación que es a su vez la prestación de un servicio público, ha llevado a muchos a sostener que debe darse mayor importancia al termino servicio público, cuando en realidad la gestión del servicio público prestado no es sino el resultado del aprovechamiento de la misma por los concesionarios

Hoy a nadie le cabe ninguna duda respecto de que el propósito de una concesión es el de regular una actividad que es considerada frecuentemente, como un asunto que pertenece al sector público. El concepto de servicio público es la clave a la concesión. Esto es porque la concesión supone una transferencia de algunos de los atributos o poderes del sector público al sector privado por un plazo definido de tiempo, regulado por el contrato de la concesión, de ahí sus características que la convierten en un contrato especial.

6.3.2. Las concesiones en la ley peruana

Por Decreto Legislativo N° 839 se promulgó la Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, en la cual se establece el marco para la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos;

El Texto Unico Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, fue posteriormente aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM , habiéndose aprobado el Reglamento del Texto Unico Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, mediante el Decreto N° 060-96-PCM.

El Texto Unico, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM declara en su artículo 1° de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, precisando en su artículo 2° que la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión.

Para efectos del presente voto, nos parece interesante resaltar dos aspectos considerados en el Texto Único mencionado:

- a. El artículo 2° , en su segundo párrafo señala que *"las concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y otros que se requieran para la utilización de recursos naturales, la ejecución de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos se rigen por lo establecido en las leyes sectoriales correspondientes."* Lo primero que debe entenderse es que aquí la palabra "leyes"¹⁹ es utilizada en su sentido más comprensivo, es decir como normas de derecho. Este artículo nos parece importante porque considera que en los contratos de concesión pactados, en principio no se excluyen las normas del sector, por lo que el contrato en principio deberá considerar esta disposición mencionándola expresamente en un acápite donde se establezcan las normas aplicables. En caso no existiere una disposición de este tipo, entonces se deberá interpretar que la norma citada se aplica de igual forma supletoriamente, ante la ausencia de una cláusula expresa en el contrato. Demás está señalar que no procederá pactar en contra. En este sentido, puede considerarse que el Reglamento Específico se encontraba incluido en los contratos de Concesión suscritos o asumidos por NEXTEL, ya que se trataría de una norma sectorial.
- b. El artículo 33 señala que cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:
 - i) la naturaleza de la concesión;
 - ii) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,
 - iii) el equilibrio financiero para ambas partesNos parece también importante esta norma, por cuanto deja abierta la posibilidad de que el concesionario plantee la modificación de los términos de la concesión, siempre y cuando se respeten los aspectos indicados. Ello

¹⁹ Seguimos la explicación dada en León Barandiarán, José. Tratado de Derecho Civil. Lima: WG editor, 1991, Tomo I p2, pues en estricto sentido no existen "leyes sectoriales", existe leyes que pueden referirse al sector o en general normas del sector, siendo cada una de ellas de diferente rango.

significa que si en un primer momento el Reglamento Específico, revistió cierta razonabilidad que justificó que a pesar de su obligatorio cumplimiento, se diera la inversión del concesionario, pero con el tiempo y dado a los avances en el sector, esta norma aparece como una barrera de mercado o como un obstáculo para la prestación del servicio en condiciones óptimas; entonces el concesionario, en este caso NEXTEL, puede solicitar al Concedente, en este caso el Estado representado por el MTCC, que se le exima contractualmente, a través de una adenda a la concesión, del cumplimiento de esta norma.

6.3.3. El cumplimiento a los contratos de concesión

Referirse al cumplimiento de los contratos de concesión es redundante, pues todo contrato debe cumplirse por considerarse ley entre las partes. Sin embargo las características particulares del contrato de concesión hacen que este tenga además la condición de contrato-ley.

Es pertinente, además, comentar el Decreto Supremo 23-2001-MTC, recientemente publicado el 1º de junio del 2001, que en la parte considerativa señala *“Que habiéndose dado interpretaciones incorrectas al Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 018-2001-MTC, se hace necesario precisar los alcances del mismo, con respecto a los contratos de concesión.”* Finalmente, en esta norma, se resuelve precisar que los contratos de Concesión que otorga el MTCC se rigen por lo pactado en los mismos, correspondiendo a los respectivos organismos reguladores el cumplimiento de sus funciones de acuerdo a ley.

En materia de telecomunicaciones, los Artículos 2º y 6º del TUO de la Ley de Telecomunicaciones establecen que toda persona tiene derecho a usar y prestar servicios de telecomunicaciones en la forma señalada por las disposiciones que regulan la materia y que el Estado fomenta la libre competencia en la prestación de servicios de telecomunicaciones, regulando el mercado de forma tal, que se asegure su normal desenvolvimiento.

La forma señalada por las disposiciones que regulan la materia permite el otorgamiento de concesiones para la explotación de servicios públicos de telecomunicaciones, de allí que el contrato de concesión deba ser respetado en su integridad por el concesionario, pues establece la forma y condiciones en que la ley le permite la explotación de recursos públicos.

Más adelante, tratamos de cómo NEXTEL se encuentra obligada por su contrato de concesión a cumplir con el Reglamento Específico. El punto relevante, para la presente controversia, es determinar, porqué NEXTEL considera que dentro de la relación de interconexión con TELEFÓNICA y/o MÓVILES, está eximida del cumplimiento de dicha obligación.

Al respecto cabe indicar, que de los medios probatorios y de la legislación vigente, no se ha podido determinar que exista una norma o instrumento de rango similar al contrato de concesión que exima a NEXTEL del cumplimiento del Reglamento Específico. Demás está indicar que siendo ello así, las partes intervinientes en el contrato de interconexión, es decir NEXTEL y TELEFÓNICA, no contaban con la posibilidad de pactar en contra del cumplimiento de este reglamento, pues se trata de

una obligación de cumplimiento que está fuera de la esfera de los derechos disponibles de las partes.

Siendo ello así, al celebrarse el contrato de interconexión entre NEXTEL y TELEFÓNICA, ambas partes contrataron en su condición de concesionarias del servicio que les correspondía, con los derechos y obligaciones que sus correspondientes concesiones les otorgaban, resultando imposible aislar al contrato de interconexión de la condición de cada una de las partes contratantes. Por tal motivo, posteriormente, vía la interpretación de un contrato de interconexión, una de las partes no puede eximirse del cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en su contrato de concesión, aplicando o suponiendo que existe una realidad diferente en su relación con cada una de las empresas con las cuales se interconecte.

Evidentemente, el Reglamento Específico no es una norma de interconexión, pero sí es una norma, que como ya hemos indicado, es aplicable a la relación de interconexión, pues la relación de interconexión no es el escenario donde NEXTEL pueda eximirse del cumplimiento de las obligaciones estipuladas en su respectivo contrato de Concesión y ,entre ellas, de aquellas derivadas del Reglamento Específico.

6.4. Los avances técnicos y servicio prestado por NEXTEL

El artículo 50° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones define al Servicio Troncalizado de la manera siguiente²⁰: *“Se consideran Teleservicios Públicos a los siguientes: 5.-Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Troncalizado).- Es el que permite a los abonados cursar señales de voz y datos, individuales o de grupo, mediante el uso de canales múltiples de radiocomunicación cuya asignación se realiza en forma automática”.*

El Servicio Troncalizado o de Canales Múltiples de Selección Automática, es un servicio final o teleservicio público de telecomunicaciones móviles que hace posible una comunicación completa entre los usuarios. Este servicio permite a los abonados tener comunicaciones mediante el uso de canales múltiples de radiocomunicación cuya asignación se realiza en forma automática, con un tipo de mensaje básicamente de “despacho” con el cual se permite la realización de llamadas tanto a grupos de abonados como a un abonado en particular.

Puede indicarse que existen dos modalidades del sistema troncalizado: sistema troncalizado analógico y sistema troncalizado digital.

El sistema analógico sólo puede ofrecer el servicio de “despacho” o conexión directa; opera generalmente con dos o tres estaciones base utilizando un promedio de quince frecuencias por radio con un ancho de 25 Khz por comunicación, en los que se puede llevar a cabo una conversación por canal. Ello trae como consecuencia que, en el caso de interconexiones telefónicas, éstas sean semejantes a una llamada de despacho,

²⁰Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones Decreto Supremo N° 06-94-TCC del 18 de Febrero de 1994 modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 005-98-MTC del 26 de Marzo de 1998. Anteriormente, el texto del artículo 50° decía: *“Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Troncalizado).- Es el que permite a los abonados comunicaciones individuales mediante el uso de canales múltiples de radiocomunicación cuya asignación se realiza en forma automática”.*

viéndose obligados los usuarios a presionar el “ptt” (“press to talk” -botón de despacho radial) con el fin de variar del “modo emisor” al “modo receptor” en tanto el canal asignado ya no puede ser usado por otro usuario, con la consecuencia lógica que, de llevarse a cabo conversaciones telefónicas de larga duración, ello conlleva la saturación de los canales disponibles de comunicación afectando la disposición del espectro para las llamadas por radio.

En cambio, en el caso del sistema digital se puede ofrecer en un solo equipo, además del servicio de despacho, otras alternativas de comunicación: mensajes de texto en pantalla, interconexión telefónica duplex, transmisión de datos, mensajería alfanumérica y correo de voz. Además de ello, la tecnología digital permite ahorrar el uso del espectro, ampliando de 46 a 390 el número promedio de usuarios por canal, en tanto el mismo canal de comunicación puede ser usado por varios usuarios a la vez, al estar dividido en seis segmentos cada uno permitiendo así el reuso de frecuencias.

No puede ponerse en tela de juicio el hecho de que Nextel haya introducido en nuestro mercado el servicio troncalizado digital, que permite efectuar radiocomunicaciones de alta calidad y que ofrece además las facilidades de interconexión telefónica, mensajes de texto en pantalla y correo de voz, todo en un solo equipo. Este sistema ha revolucionado el mercado mundial de las telecomunicaciones corporativas, especialmente el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones móviles.

NEXTEL ha informado que la red de servicio troncalizado digital que opera, se extiende actualmente al Departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao. Se trata de equipamiento e infraestructura de última tecnología, similar a la que se encuentra instalada en todos los mercados donde opera NCI. A la fecha, la inversión total de NCI en el Perú supera los 200 millones de dólares. Adicionalmente, NEXTEL ha indicado que tiene en proceso una solicitud de ampliación de su red a los departamentos de Ancash, Ica y La Libertad, cuyo trámite se encuentra en sus etapas finales.

Frente a todos estos avances no existe ninguna justificación técnica que exija el uso de un temporizador para la prestación del servicio troncalizado digital, es entonces cuando surge la pregunta sobre la aplicación del tema que nos concierne para efectos de la presente controversia, es decir, la aplicación del Reglamento Específico.

El Reglamento Específico se dictó cuando la tecnología digital en el servicio troncalizado todavía no había entrado en operación comercial a nivel internacional. La norma técnica sin embargo, recoge en su artículo 14 el principio de que los sistemas troncalizados deberán adoptar “preferentemente la tecnología digital”.

Las normas técnicas que conforman el Reglamento Específico, promocionaban a la tecnología digital, si bien es cierto que no podían haber anticipado cuáles serían las características técnicas de la tecnología digital aplicada al servicio troncalizado, sin embargo, el Reglamento Específico no aclaró que el mismo no sería aplicable a dicha tecnología novísima.

Interesa anotar que el Reglamento Específico ha sido modificado en diversas oportunidades, siendo la más importante, para efectos de la introducción de la tecnología digital, la modificación efectuada mediante R.M. No. 373-97-MTC/15.03, de

6 de agosto de 1997, en virtud de la cual se elimina la limitación que existía en el número máximo de canales que podrían otorgarse en concesión, se deja sin efecto la única restricción existente en materia de interconexión y se deroga la disposición contenida en el Artículo 44, inciso 4, que tipificaba como infracción grave el "operar el servicio público troncalizado en forma que constituya competencia con el servicio de telefonía móvil celular".

Posteriormente se daría la modificación del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, en lo que se refiere a la definición del Servicio Troncalizado. Esta modificación, aprobada mediante Decreto Supremo No.005-98-MTC de 26 de marzo de 1998, incorporó a dicho Reglamento General ciertos servicios inalámbricos relativamente modernos, que compiten directamente con la telefonía móvil celular, entre ellos el Servicio de Comunicaciones Personales (PCS), el Servicio Móvil por Satélite y el Servicio Buscapersonas Bidireccional.

Conjuntamente con la introducción de estos nuevos servicios inalámbricos, se modificó la definición del Servicio Troncalizado, permitiendo una competencia directa con la telefonía móvil celular, al incluir en la definición que se permitía a los abonados "cursar señales de voz y datos, individuales o de grupo". Esta modificación define de manera absolutamente explícita que las comunicaciones entre abonados del servicio troncalizado no se limitan a los grupos cerrados de usuarios a que se refería el Reglamento Específico, sino que podían cursarse comunicaciones "individuales o de grupo".

Se ha consignado una breve reseña de lo que serían los más importantes avances en materia de Servicio Troncalizado en nuestro medio, así como el rol que le ha competido a NEXTEL en la incorporación de las nuevas tecnologías. No cabe duda que la experiencia demuestra que la tecnología avanza a una mayor velocidad que el derecho y que constantemente el derecho debe ir adaptándose a estas nuevas realidades.

No obstante ello, la pregunta a resolver en la presente controversia no es si las nuevas tecnologías convierten al Reglamento Específico en una norma vetusta o si es inconveniente su aplicación; sino si, hoy, tal como se encuentran estructuradas las leyes, podría considerarse que el Reglamento Específico se aplica al sistema troncalizado digital, en el ámbito de un específico contrato de interconexión.

7. ANÁLISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO

7.1. Posición adoptada sobre el punto controvertido

De los argumentos esgrimidos por NEXTEL se advierte que esta empresa considera que el inciso j) del artículo 42 del Reglamento Específico no es aplicable a su relación de interconexión sosteniendo que: (i) la citada norma no es aplicable en ningún caso a la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y NEXTEL; (ii) la norma se aplica únicamente al "equipamiento" del servicio troncalizado analógico; (iii) la fiscalización de los equipos que utiliza NEXTEL corresponde al MTCC y no a TELEFÓNICA; y (iv) el ámbito de aplicación de la norma citada no alcanza al servicio troncalizado digital que ofrece NEXTEL.

Nosotros coincidimos con las afirmaciones de NEXTEL en el sentido que se trata de una norma que se aplica únicamente al "equipamiento" del servicio troncalizado y en

que la fiscalización de los equipos que utiliza NEXTEL corresponde al MTCC y no a TELEFÓNICA. Sin embargo, no nos encontramos de acuerdo con que la citada norma no sea aplicable a la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y NEXTEL, ni en que se aplique únicamente al "equipamiento" del servicio troncalizado analógico y que por lo tanto no alcance al servicio troncalizado digital.

En nuestra opinión el inciso j) del artículo 42 del Reglamento Específico si se aplica a la relación de interconexión entre NEXTEL y TELEFÓNICA por las siguientes razones:

- a. El inciso j) del artículo 42 del Reglamento Específico es una norma que se encuentra vigente, y que por tanto, independientemente de que pueda considerarse inconsistente con los postulados de una economía social de mercado, es de obligatorio cumplimiento hasta que no sea derogada.
- b. El inciso j) del artículo 42 del Reglamento Específico si se aplica al servicio troncalizado digital que ofrece NEXTEL por existir al respecto un mandato expreso de la norma legal. El hecho que el inciso j) del artículo 42 del Reglamento Específico se aplique únicamente al "equipamiento" del servicio troncalizado y que la fiscalización de los equipos que utiliza NEXTEL corresponda al MTCC, no exime a NEXTEL de su obligación de cumplir con la norma mencionada.
- c. Las obligaciones esenciales a las cuales se ha comprometido NEXTEL en función de los contratos de concesión, en base a los cuales opera, incluyen además de brindar el servicio dentro del área de concesión y prestar el servicio utilizando las frecuencias que le han sido asignadas, entre otras, la obligación de cumplir con el Reglamento Específico.
- d. La relación de interconexión de NEXTEL con TELEFÓNICA y MÓVILES no constituye una excepción al cumplimiento las obligaciones, que de ordinario NEXTEL debe cumplir. Si bien NEXTEL no presta ningún servicio adicional, sino que brinda la facilidad de interconexión telefónica y en tal sentido, no requiere contar con una concesión. De otro lado, la facilidad de interconexión brindada, no implica en modo alguno, que NEXTEL incumpla las obligaciones que tiene para con el Estado peruano, entre ellas la de cumplir el Reglamentos Específico.

A continuación pasamos a sustentar la posición adoptada.

7.2. Vigencia del inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico

7.2.1. ¿Porqué tratar el tema de la vigencia de la ley en la presente controversia?

Si bien la presente controversia trata sobre la aplicación del inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico y no sobre su vigencia, consideramos pertinente referirnos directamente a la vigencia de la norma, pues una de las razones por las cuales una norma no es aplicable es justamente cuando esta ha sido derogada. Por tanto, si queremos llegar a la conclusión sobre si la norma es o no aplicable, implícitamente debemos haber aceptado que la norma está vigente.

Sin embargo, en los comentarios que NEXTEL hace en su demanda, señala algunos aspectos que podrían tener incidencia en el tema de la vigencia de la ley. Específicamente cuando señala que su decisión de inversión recién se dio con la modificación del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, en lo que se refiere a la definición del Servicio Troncalizado.

La modificación a la que se refiere fue aprobada mediante Decreto Supremo No.005-98-MTC de 26 de marzo de 1998, que incorporó a dicho Reglamento General ciertos servicios inalámbricos relativamente modernos y modificó la definición del Servicio Troncalizado, en los términos siguientes:

El artículo 50 original señalaba:

“Artículo 50.-Se consideran Teleservicios Públicos a los siguientes:

5. Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Troncalizado).- Es el que permite a los abonados comunicaciones individuales mediante el uso de canales múltiples de radiocomunicación cuya asignación se realiza en forma automática.”

El Artículo modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 005-98-MTC, publicado el 26 de marzo de 1998; señala lo siguiente:

"Artículo 50.- Se consideran Teleservicios Públicos a los siguientes:

5. Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Troncalizado).- Es el que permite a los abonados cursar señales de voz y datos, individuales o de grupo, mediante el uso de canales múltiples de radiocomunicación cuya asignación se realiza en forma automática.”

La nueva redacción incorporó la posibilidad de que las comunicaciones que se cursen sean "individuales o de grupo". NEXTEL señala textualmente que “De lo anterior resulta absolutamente evidente que el Reglamento Específico, cuyas normas técnicas cita Telefónica, mantiene vigencia sólo con relación al servicio troncalizado que utiliza tecnología analógica, restringido expresamente a grupos cerrados de usuarios, cuyas normas técnicas han quedado confinadas a aquella tecnología para la cual fueron dictadas, o sea la analógica.

Nótese que aquí NEXTEL habla de “vigencia” y no solo de “aplicabilidad”. Si, según NEXTEL, el Reglamento Específico solo tiene vigencia para el servicio troncalizado que utiliza tecnología analógica, ello quiere decir que no tendría vigencia cuando la tecnología digital es aplicada al servicio troncalizado. Además agrega que tampoco ha sido necesario dictar un nuevo reglamento específico que contenga las normas técnicas del servicio troncalizado digital ya que a partir de agosto de 1998, es política del Estado no dictar reglamentos técnicos específicos para los nuevos servicios, tal como expresamente los señala el numeral 31 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones.²¹

Es por ello que consideramos necesario tratar el concepto de vigencia de la ley, pues la “vigencia” es un concepto que tiene directa correspondencia con el tema de la

²¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 020-98MTC. El Lineamiento 31 establece: “No será necesario contar con reglamentos técnicos específicos u servicios como requisito del otorgamiento de concesiones y autorizaciones, pero el Estado se reserva el derecho de emitir reglamentos técnicos que normen la calidad mínima de los servicios ofrecidos. En los casos en que se realicen subastas, sus bases incorporarán metas por el uso de frecuencias.”

derogación de la ley.²² Creemos que cuando NEXTEL considera que la creación de una nueva categoría o nueva característica, dentro de un concepto general, origina la pérdida de vigencia de la antigua legislación, lo que se hace es partir el concepto en dos partes y decir, lo antiguo se sigue rigiendo por lo antiguo y lo nuevo no tiene norma por la cual regirse. Con ello en buena cuenta se está derogando una parte de la ley, pues se está considerando que una parte de la antigua ley se deroga tácitamente para la nueva categoría creada, pues si antes era aplicable a toda la especie, ahora será aplicable a todas las categorías incluidas en la especie, menos a la nueva categoría creada.

Esta forma de aplicar las normas no es correcta, sobre todo sin consideramos que el legislador sí consideró la posibilidad de que la tecnología fuera digital, con lo cual no era ajeno a esta posibilidad y aún así dictó la norma para todo servicio troncalizado, sin interesar la tecnología que fuera a incorporarse a futuro, y que como el mismo previó podía ser la digital.

Al decir de NEXTEL, al incorporarse un nuevo contenido a la definición de Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática, se crea una nueva categoría que no está comprendida en el Reglamento Específico, por la cual éste ya no tiene vigencia para esa nueva categoría creada. (señales de voz y datos de grupo)

Sin embargo, NEXTEL olvida que cuando se crea una nueva categoría jurídica dentro de una especie, ésta nace para el derecho sujeta a todas las reglas que el ordenamiento jurídico tiene previstas para dicha especie. En nuestra legislación abundan ejemplos en diferentes materias²³ y de hecho asistimos a este tipo de situaciones cotidianamente.

²² Además consideramos que en el informe de Doctor Jorge Avendaño Valdés obrante a fojas 379, si bien expresamente no se dice, hay una intensión de considerar que el Reglamento Específico no es aplicable, por haberse enervado sus efectos mediante normas de mayor rango, lo que indirectamente nos lleva a un tema de derogación tácita. Esto lo vemos cuando en el informe textualmente se señala: “Así pues, es un decreto supremo, de rango normativo superior al de una resolución ministerial, el que dio lugar a la autorización otorgada a Nextel. Se trata del Decreto Supremo N° 005-98-MTC que al modificar el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, estableció que el servicio troncalizado permite cursar señales de voz y datos, individuales o de grupo.Pero hay más. Existe otra norma de rango superior al Reglamento Específico que debe tenerse en consideración para absolver la consulta formulada. Se trata del Decreto Supremo N° 020-98-MTC, publicado el 5 de agosto de 1998, mediante el cual se aprobaron los lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones en el Perú “

²³ Un ejemplo ilustrativo puede ser el referido a los sujetos considerados como contribuyentes del impuesto a la renta, en especial el caso de las sociedades anónimas La Ley del Impuesto a la Renta, aprobada por Decreto Legislativo N° 774 del 31 de Diciembre de 1993, señala, a la letra, en su artículo 14 que “Son contribuyentes del impuesto las personas naturales, las sucesiones indivisas, las asociaciones de hecho de profesionales y similares y las personas jurídicas. También se considerarán contribuyentes a las sociedades conyugales que ejercieran la opción prevista en el artículo 16 de esta Ley.” Luego, en el mismo artículo, se pasa a detallar qué se entiende por persona jurídica, señalándose que: “Para los efectos de esta Ley, se considerarán personas jurídicas, a las siguientes: a) Las sociedades anónimas.....” Cuando se dictó esta Ley del Impuesto a la Renta, en el año 1993, la Ley General de Sociedades vigente era la Ley° 16123, promulgada el 06 de mayo de 1966. Esta ley consideraba una forma simple de sociedad anónima. Posteriormente, el 09 de diciembre de 1997, se da la Ley N° 26887, Nueva Ley General de Sociedades que deroga a la antigua. En esta nueva ley, se consideran como formas especiales de sociedad anónima, a las sociedades anónimas abiertas y a las sociedades anónimas cerradas. Es un hecho que el legislador de 1993, cuando legisló que eran contribuyentes las sociedades anónimas, pensó y se refirió a las sociedades anónimas de aquella época, en su forma simple, pues no podía prever la existencia de posteriores formas especiales. Sin embargo cuando en el año 1997, se crean estas nuevas formas especiales de sociedad, estas son automáticamente incluidas dentro de la especie sociedad anónima para todos sus efectos, incluyendo los tributarios.

Al modificarse una norma, adicionando una nueva categoría o característica adicional al contenido de un concepto, ello no implica que la nueva categoría o característica alteren de modo tal el ordenamiento, que creen un vacío para esa nueva categoría ²⁴. Lo que subyace aquí es el principio de vigencia de la ley. Es decir, considerar que la ley está siendo modificada sólo en aquel extremo al que se hace referencia, pero que en lo demás permanece intacta y por tanto está vigente y es válida incluso para la nueva categoría o clasificación creada.

7.2.2. La ley se deroga con otra ley

La Constitución Política del Perú, señala en su artículo 103º que la ley se deroga sólo por otra ley y que también queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Así también el artículo I del Título Preliminar del Código Civil trata sobre la abrogación de la ley, señalando que “La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.”

Esto significa que para considerar, como indica NEXTEL, que el Reglamento Específico mantiene vigencia sólo con relación al servicio troncalizado que utiliza tecnología analógica (restringido expresamente a grupos cerrados de usuarios) y no respecto de la tecnología digital (que incorpora, mediante el Decreto Supremo No.005-98-MTC, la posibilidad de cursar señales de voz y datos, individuales o de grupo) tendrían que haberse presentado una de las tres hipótesis recogidas en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, que a continuación pasamos a analizar:

- a. Que exista declaración expresa de derogación.- Este caso no se da, pues no existe ninguna norma legal de igual o mayor rango a la del Reglamento Específico que lo haya derogado expresamente. Si bien el Decreto Supremo No.005-98-MTC modifica el concepto de Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Troncalizado), no deroga la aplicación del Reglamento Específico para este servicio.
- b. Que exista incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior.- En este punto debemos indicar que el único artículo del Reglamento Específico que se habría visto derogado por el Decreto Supremo No.005-98-MTC, sería precisamente el artículo 3, en la parte que define al servicio troncalizado. En estricto solo en dicho extremo existiría incompatibilidad entre la antigua definición del reglamento y la nueva definición propuesta en el decreto en mención. En los demás casos no se da ninguna incompatibilidad, pues técnicamente no existe ningún impedimento que haga imposible aplicar las normas del Reglamento Específico a la tecnología digital

Nadie podría pues sostener que las sociedades anónimas cerradas no deben ser consideradas contribuyentes, pues ellas no existían cuando se dio la Ley del Impuesto a la Renta. Se entiende que teniendo la categoría de sociedad anónima, la sociedad anónima cerrada, a pesar de sus particulares características, de igual forma como cualquier sociedad anónima será considerada contribuyente para este tipo de impuesto bajo comentario.

²⁴ La excepción esto puede ser el que la misma norma así lo indique.

o al hecho de que se haya incluido el poder cursar señales de voz y datos, individuales o de grupo.

Aquí queremos subrayar el hecho de que la posición de NEXTEL se sustenta en considerar que el legislador de 1994 no consideró esta posibilidad cuando elaboró el Reglamento Específico. Sin embargo en ningún momento se dice que exista incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, pues incompatibilidad en el verdadero sentido del término, no existe, desde que técnicamente es posible aplicar el Reglamento Específico al sistema digital.²⁵

- c. Que la nueva materia esté íntegramente regulada.- Para considerar que le es aplicable el Reglamento Específico, la nueva materia, que en el presente caso ha sido poder “cursar señales de voz y datos, individuales o de grupo” en principio tendría que haber sido íntegramente regulada por el Decreto Supremo No.005-98-MTC, o por cualquier otra norma de igual o mayor jerarquía.

Sin embargo, considerando que según lo señala el numeral 31 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, no será necesario contar con reglamentos técnicos específicos u servicios como requisito del otorgamiento de concesiones y autorizaciones, entonces será pertinente concluir que en este caso no era necesario proceder a regular todo el tema, sino que hubiera bastado con indicar expresamente que no era de aplicación el Reglamento Específico al servicio que contara con las nuevas características señaladas.

Además es pertinente señalar que en lo que respecta al numeral 31 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, si bien la primera parte señala que “No será necesario contar con reglamentos técnicos específicos u servicios como requisito del otorgamiento de concesiones y autorizaciones...”, Sin embargo, en la segunda parte de la norma se señala: “...pero el Estado se reserva el derecho de emitir reglamentos técnicos que normen la calidad mínima de los servicios ofrecidos. En los casos en que se

²⁵ Al respecto, debemos hacer un comentario en relación a lo señalado en el informe del Doctor Jorge Avendaño Valdés obrante a fojas 379, donde textualmente se señala “Algo similar ocurre con diversas disposiciones del Reglamento Específico, evidentemente inaplicables a la tecnología digital. Es el caso por ejemplo del artículo 40°, según el cual las estaciones fijas de los usuarios deben emplear antenas direccionales orientadas hacia la estación repetidora, limitando la radiación en otras direcciones. Esto no puede aplicarse al servicio brindado por Nextel, toda vez que los modernos sistemas digitales tienen cobertura limitada por estación y vienen equipados con sistemas automáticos - de regulación de potencia y filtrado, a fin de evitar las interferencias y las radiaciones innecesarias.....Tampoco es aplicable el artículo 41° del Reglamento Específico, conforme al cual el sistema troncalizado debe incorporar un temporizador que permita limitar la duración de los mensajes que se cursan, con el objeto de que se compartan adecuadamente los canales y se garantice el acceso equitativo a todos los usuarios. Ello no es necesario en el caso de los servicios digitales puesto que el actual desarrollo tecnológico permite atender una mayor cantidad de abonados sin problemas de congestión.” Al respecto consideramos importante precisar que tanto el artículo 40° es independiente del tema de la tecnología analógica o digital, pues se encuentra referido exclusivamente a estaciones fijas y las estaciones de NEXTEL son móviles, es por ello que no le es aplicable. En lo que respecta al artículo 41° del Reglamento Específico si es aplicables en principio a ambas tecnologías, es decir tanto a la analógica como a la digital. Lo que sucede es que dados los avances en el sector de telecomunicaciones, las características de los nuevos equipos pueden no permitir la aplicación de estos artículos y ello se da independientemente de la tecnología utilizada y siempre que los equipos se encuentren debidamente homologados por el MTCC. Lo importante es señalar aquí que tanto el artículo 40° como el artículo 41° son aplicables a ambas tecnologías, situación diferente es que los equipos presenten características que no permitan la aplicación de la norma por constituir un imposible físico.

realicen subastas, sus bases incorporarán metas por el uso de frecuencias.” Esto significa que si bien la nueva política no obliga a depender de la existencia de un reglamento específico para el otorgamiento de concesiones o autorizaciones, en modo alguno se enerva el valor y/o la vigencia de los reglamentos existentes y además el mismo Estado declara que se reserva el derecho de dictar nuevos reglamentos para normar la calidad de los servicios ofrecidos.

De lo indicado hasta aquí, concluimos que no se presenta ningún supuesto que permita considerar, como indica NEXTEL, que el Reglamento Específico mantiene vigencia sólo con relación al servicio troncalizado que utiliza tecnología analógica, sino que esta norma está vigente también respecto de la tecnología digital, concretamente, utilizando los términos del Decreto Supremo No.005-98-MTC, está vigente respecto de la posibilidad de cursar señales de voz y datos, individuales o de grupo.

7.2.3. La práctica comercial no deroga la ley

Finalmente, en atención al valor de algunas de las pruebas presentadas por NEXTEL consideramos necesario tratar el tema de la costumbre, que en este caso podría tomarse como la práctica comercial.

NEXTEL afirma en su demanda que *“A través de casi un año y medio de vigencia, la relación de interconexión entre Nextel y Telefónica ha sido mutuamente satisfactoria. Prueba de ello es que hasta este momento no se ha presentado inconveniente alguno de carácter técnico, mucho menos en lo que se refiere a la duración de las llamadas. Existe una documentación voluminosa que evidencia la excelente relación comercial entre ambas empresas.”* Al respecto la demandante adjunta las pruebas de interconexión realizadas, las cuales demuestran que TELEFÓNICA y NEXTEL aprobaron llamadas que llegan incluso a los 30 minutos. También se adjunta copia de liquidaciones de interconexión suscritas por TELEFÓNICA y NEXTEL, en las cuales consta la aprobación manifestada por ambas partes con relación a llamadas que exceden incluso los 100 minutos.

Al respecto, José León Barandiarán cita una continuada jurisprudencia española que dispone que “la costumbre no sea invocable contra lo expresamente pactado, ni contra lo dispuesto por la ley...”²⁶ En el mismo sentido los Mazeaud²⁷ han señalado que la jurisprudencia se niega a darle a la costumbre autoridad contra la ley y Aranibar²⁸ señala que no se le considera a la costumbre con fuerza suficiente para derogar la ley.

Por tanto, debemos afirmar que el hecho que en la práctica no se haya respetado la norma contenida en el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico, y que en la práctica el sistema troncalizado de NEXTEL no haya cumplido con que la duración de las conversaciones telefónica no excedan de 180 segundos, en nada relativiza el valor de esta norma y la obligación de que ésta deba ser cumplida.

²⁶ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: WG editor, 1991, Tomo I, p9.

²⁷ MAZEAUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Europa-América, T.I, p117.

²⁸ ARANIBAR, José. *Derecho Civil Peruano*. Arequipa: Fundación Manuel Bustamente de la Fuente, 1967, T.I, p.165

7.3 Interpretación y aplicación del inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico.

7.3.1. Generalidades

Para que una controversia pueda resolverse conforme a derecho, se exigen tres requisitos: i) descubrir cuál es la norma del orden jurídico aplicable 2) interpretar la norma así descubierta o determinada, es decir puntualizar su significado previsto al idealarla y sus presuntos alcances 3) aplicar la norma así señalada e interpretarla al caso de debate. Como indica Roscoe Pound²⁹, en el pasado estos tres requisitos se confundieron incluyéndose en la mera interpretación, sin embargo se trata de tres etapas bastantes diferenciadas.

En el presente caso, sin embargo, el análisis muestra especiales matices por cuanto ya la norma viene identificada por las partes como materia de la controversia y de lo que se trata es de verificar los aspectos relativos a su interpretación y posterior aplicación o no al caso de debate.

7.3.2. ¿Es necesario interpretar el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico?

Cómo se acaba de indicar, interpretar una norma es puntualizar su significado previsto al idealarla y sus presuntos alcances.

Antes de iniciar este tema debemos citar las palabras de Marcial Rubio, previas a todo su análisis sobre interpretación que ha sido seguido en la resolución final suscrita por los otros miembros de este CCO. El autor señala que “ En la teoría hay una larga discusión sobre si siempre existe el problema de interpretación o si este solo aparece cuando la literalidad de la norma no es suficientemente clara. La discusión es importante desde el punto de vista epistemológico pero, por la finalidad que tiene este trabajo, nosotros solo consignamos la existencia de tal discusión y optamos en adelante por la concepción de que solo hay problema de interpretación cuando el sentido de la norma no queda absolutamente claro, bien de su lectura inicial, bien de su posterior cotejo con el caso que se va a regular con ella”³⁰ Es decir que este autor reconoce que la interpretación de una norma no es necesaria cuando esta es literalmente clara.

La norma objeto de nuestro análisis, expresamente señala:

“Artículo 42.- El Equipo del sistema troncalizado debe cumplir con las siguientes condiciones:

j. La duración de una conversación telefónica no debe ser mayor de 180 segundos”

²⁹ POUND, Roscoe. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Tipográfica editora Argentina, 1972, pag. 69

³⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema Jurídico- Introducción al Derecho*. Lima: Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1985, Nota al Pie N° 109, pág 221.

Debemos señalar que la norma se refiere al “equipo del sistema troncalizado”, sin embargo debe tenerse en cuenta que se refiere al equipo y no al accionar o conducta de algún agente, ni al servicio en sí, aunque que tales conceptos estén íntimamente relacionados. De allí la pregunta sobre si esta norma está referida a los equipos del sistema analógico, a los equipos del sistema digital o a equipos de ambos sistemas.

Sin embargo no se trata de una norma aislada, sino de una norma que es parte de un artículo del Reglamento Específico, por lo tanto, para ser comprendida debe ser vista dentro de dicho continente.

“Artículo 42.- El Equipo del sistema troncalizado debe cumplir con las siguientes condiciones:

- a) En el caso de sistemas de tecnología analógica debe utilizar la modulación de frecuencia*
- b) La frecuencia de modulación debe ser menor de 3 KHz*
- c) La desviación de frecuencia no debe ser mayor que 5 kHz.*
- d) El equipo debe contar con un sistema de control automático que evite que la modulación sobrepase el valor indicado en el inciso anterior.*
- e) El sistema del oscilador debe ser del tipo sintetizado , de frecuencia controlado por cristal*
- f) Debe estar equipado con sistemas de memoria para asegurar el control de la operación*
- g) La frecuencia de transmisión debe seleccionarse en forma automática, de acuerdo a la señal de control*
- h) En caso de que quedara la transmisión continua de la señal, por causa de una avería del equipo, esta transmisión deberá cesar antes de que se llegue a los 360 segundos.*
- i) Si durante la comunicación se recibiera la señal de fin de mensaje, se deberá cambiar automáticamente al canal de control*
- j) La duración de una conversación telefónica no debe ser mayor de 180 segundos*
- k) La potencia espúrea en el canal adyacente no puede ser mayor que – 60 dB.”*

A diferencia de los otros incisos del artículo 42° del Reglamento Específico, el literal j) no distingue a qué sistema es al que se refiere. De lo que debe entenderse que la norma tiene un alcance general, al no establecer a qué sistema se está haciendo referencia, puesto que no cabe distinguir allí donde la ley no distingue. Sobre todo si consideramos que en el inciso a) de esta misma norma si se hace precisión al sistema analógico exclusivamente: *“En el caso de sistemas de tecnología analógica debe utilizar la modulación de frecuencia”* De lo que queda claro que dentro de la mentalidad del legislador si existía una lógica de diferenciar un sistema de otro.

Para nosotros la norma es clara, pero no obstante ello, si nos ponemos en el caso de no entender su sentido y alcance, entonces deberíamos empezar por interpretar con el método literal. El método literal, como explica Marcial Rubio, “es el primero a

considerar necesariamente en el proceso de interpretación”³¹ En el mismo sentido opinó José León Barandiarán al señalar que “En la interpretación de la ley hay que considerar varios elementos, como son : el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico...El elemento gramatical es el primero que se impone a la consideración. Las palabras del texto legal tienen una mención indicativa y naturalmente lo primero que debe hacer el intérprete es encontrar el significado a base de la expresión legal empleada. De otro modo se caería en la arbitrariedad más absoluta”³²

Para aplicar el método literal, debemos tener presente que la interpretación gramatical tiene sus propias reglas y/o principios, los que según Dualde³³ serían los siguientes:

- a) Toda palabra tiene valor exacto, nada hay ocioso en la ley. Nada sobra. (*Verbis legis tenaciter inharendum. Verba cum effectu sunt accipienda*)
- b) Toda omisión es intencionada. (*Ubi voluit dixit, ubi non voluit dixit*)
- c) Siendo claro el tenor gramatical de la Ley, no se debe avanzar más en la interpretación. La claridad verbal excluye cualquiera otra versión discordante con ella. (*In claris non fit interpretatio. In claris non admittitur voluntatis quaestio*)

En atención a los principios señalados consideramos que el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico denota la suficiente claridad gramatical como para concluir que el legislador voluntariamente no ha especificado a qué sistema se refiere, porque su decisión era que debía aplicarse a ambos sistemas, tanto al analógico como al digital.

Además no podemos considerar tampoco que el legislador no consideró la posibilidad de que el sistema troncalizado pasara a convertirse en digital, pues muy por el contrario en el artículo 14° del Reglamento Específico, señala que "el sistema debe adoptar preferentemente la tecnología digital, y (...) debe estar equipado con equipos de control y supervisión automático de la operación y dispositivos de llamada selectiva, que deben ser preferentemente digitales". Igualmente en el artículo 23° establece que para brindar el servicio troncalizado debe "tenerse presente la tendencia a la digitalización que establece la Ley".

Si bien el hecho de que el Reglamento Específico propugne la tendencia a la digitalización de los servicios troncalizados no importa reconocer ni admitir que ellos se hubiesen prestado en el país cuando la norma fue expedida, sí queda claro en cambio que conceptualmente para el legislador el sistema troncalizado podía ser analógico o digital, no indicando expresamente esta norma que solo era de aplicación para el sistema analógico.

En atención al último principio indicado, no consideramos correcto que en la resolución suscrita por los otros miembros del CCO se haya optado por realizar interpretaciones adicionales, utilizando los criterios axiológico y teológico, a pesar que la norma es

³¹ RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema Jurídico- Introducción al Derecho*. Lima: Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1985, pág 246.

³² León Barandiarán, José. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: WG editor, 1991, Tomo I, pag 71.

³³ Citado por León Barandiarán, José. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: WG editor, 1991, Tomo I, pag 71

gramaticalmente clara a la luz del criterio literal. Además resulta interesante resaltar que en la resolución expedida por los otros miembros de este CCO se llega a la misma conclusión a la que llegamos nosotros en el sentido de considerar que si la norma establecida en el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico fuera interpretada únicamente a la luz del método literal, no se haría distinción alguna entre el sistema analógico y el sistema digital y como consecuencia de ello, se concluiría que la restricción en la duración de la conversación telefónica a 180 segundos debiera aplicarse a ambas tecnologías, es decir, tanto a equipos del sistema troncalizado analógico como a equipos del sistema troncalizado digital. Sin embargo, respecto de ello, los otros miembros de este CCO consideran que esta conclusión contraviene los principios que inspiran la legislación de telecomunicaciones vigente, los cuales se evidencian en innumerables normas y resoluciones. Es por ello que en atención a la coherencia del sistema se pasa a interpretar la norma a la luz de otros criterios de interpretación.

En nuestra opinión, esta solución no es correcta desde que atenta contra la seguridad jurídica que debe existir en el derecho positivo y va al mismo tiempo contra un principio universal de interpretación que es justamente el no interpretar la norma contra el sentido literal de lo que ella dice.

De otro lado, es pertinente indicar en este punto, que no es correcto considerar aplicable al presente caso la interpretación señalada en uno de los informes jurídicos que NEXTEL ha alcanzado³⁴, en el sentido de considerar que “Si las normas legales no pueden limitar la libre competencia, de entre dos interpretaciones posibles de un texto normativo, uno de los cuales lleva a considerar una limitación en la posibilidad de competir, debe preferirse el que no conlleva dicha limitación, Ello porque de dos interpretaciones , la que limita o afecta un derecho constitucional debe descartarse para preferir la que no afecta dicho derecho”

En el presente caso, debe considerarse que encontrándonos dentro del ámbito de un contrato de interconexión, existen por lo menos dos partes, siendo que estando en contraposición el derecho de una frente al de la otra no puede negarse que el daño tiene una naturaleza recíproca³⁵. Es decir que el daño originado no va dirigido a una sola parte, sino que también a la otra, por lo que evitar el daño que sufre la parte agraviada ocasionaría a su vez un daño a la supuesta parte agravante. En tal sentido el problema no solo debe ser visto como referido al daño que podrían sufrir los sujetos que indirectamente pudieren verse afectados con el texto de la norma, sino también respecto del daño que podrían sufrir aquellos que podrían verse afectados con una interpretación contraria al texto de la norma, en vista de que, amparados en la letra de la norma, pudieron haber tomado alguna decisión que de considerar que la norma no era aplicable, no la hubieran adoptado. Por lo que el problema debe ser enfocado buscando evitar el daño más serio y optando por permitir el daño menor. Definir cuál es el daño menor, en nuestra opinión será competencia del MTCC, que deberá evaluar el contenido de la norma y no de este CCO, a quien no compete modificarla.

7.3.3. Aplicación del inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico

³⁴ Informe del doctor Alfredo Bullard, a fojas 934.

³⁵ COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost" *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1-44.

En nuestra opinión, consideramos que la solución a la que arriban los otros miembros del CCO no es la más conveniente, desde que al interpretar la norma contra su sentido gramatical se abren una serie de dudas sobre el real valor de las normas positivas, con lo cual se atenta contra la seguridad del sistema jurídico.

No obstante ello coincidimos con los otros miembros de este CCO en que efectivamente el sistema jurídico debe ser un todo coherente y que las normas deben ser interpretadas no individualmente sino como pertenecientes a ese todo. Sin embargo cuando encontramos normas que se contraponen, la solución no está en forzar el contenido de la norma contrapuesta presumiendo que no contradice al resto del sistema e interpretando que dice lo que el texto de la norma no dice, sino que la solución habrá de ser buscada en los Principios Internos que gobiernan las normas en consideración a su nivel jerárquico, especialidad, fecha de vigencia de la ley, etc.

Esto significa que si la norma contenida en el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico, es contraria a otras normas del ordenamiento jurídico, la solución no estará en interpretar la norma contra su sentido gramatical, sino que habrá que identificar aquellas normas de mayor jerarquía o de igual jerarquía pero de mayor especialidad o de igual jerarquía y especialidad pero posteriores, que expresamente se contrapongan al sentido de la norma cuya coherencia se cuestiona.

El artículo 138 de la Constitución política del Perú señala que :

*“Artículo 138°.-Administración de Justicia. Control difuso
La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se
ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos
jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una
norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren
la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda
otra norma de rango inferior.”*

Esta norma es el fundamento para que los jueces al momento de aplicar las normas prefieran en caso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, la primera, e igualmente, prefieran la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. Esta misma regla ha sido adoptada mayoritariamente en los diferentes estamentos de la administración pública.³⁶

Es así que si se considera que el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico es contrario a normas de mayor jerarquía, la solución no está en interpretar esta norma contra su sentido literal, sino simplemente en preferir las normas de mayor jerarquía que se contraponen a ella . Sin embargo, en esta mención, la norma de mayor jerarquía debe ser expresamente contrapuesta, indicándose claramente porqué resulta contradictoria, no bastará señalar que el inciso j) del artículo 42° del

³⁶ En virtud a lo dispuesto por el artículo 102° del Código Tributario aprobado por el Decreto Legislativo N° 816, el Tribunal Fiscal debe preferir la norma de mayor jerarquía, procediendo a levantar el reparo formulado a la recurrente, criterio que ha sido adoptado por diversas resoluciones de este Tribunal, como las N°s 2106-4-96 y 2388-4-96, citadas por las partes, así como en las Resoluciones N°s 1009-3-97, 0825-4-97, 999-2-98, 551-1-98 y 405-5-98;

Reglamento Específico es opuesto a principios, objetivos y fines fundamentales del ordenamiento, puesto que de lo que se trata es de respetar la seguridad jurídica que brinda el derecho positivo

En nuestra opinión, no consideramos que exista una norma de mayor jerarquía o de mayor especialidad, posterior al Reglamento Específico, que enerve o ataque directamente el valor del inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico. Una vez más consideramos que hablar de principios, objetivos y fines fundamentales o de la voluntad oculta del legislador resulta ser bastante subjetivo y nos conduce a una salida que por resultar arbitraria, una vez más atenta contra la seguridad jurídica del sistema.

7.4. La obligación de NEXTEL, respecto de la concesión otorgada

En este punto nos interesa determinar claramente si entre las obligaciones que le competen a NEXTEL en su contrato de concesión está expresamente estipulada la obligación de cumplir con el Reglamento Específico.

Dado que la documentación correspondiente a los contratos de concesión de NEXTEL está clasificada como información confidencial, solamente se hará alusión al contenido de las cláusulas pertinentes, sin transcribirlas, señalando las fojas en las que se encuentran ubicadas.

NEXTEL viene prestando el Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Servicio Troncalizado) contando para ello con la respectiva concesión. NEXTEL obtuvo la concesión para este servicio a través de la Resolución Ministerial No. 385-98-MTC/15.03 del 22 de diciembre de 1998; obrante a fojas 117 del expediente principal, mediante la cual se reconoce a NEXTEL del Perú S.A. la titularidad de la concesión otorgada por resolución Ministerial 073-96-MTC/15.17. ; así como la titularidad de las concesiones otorgadas a MASTERCOM TRUNKING S.A. , RADIONET S.A. y DUALCOM S.R. LTDA, mediante Resoluciones Ministeriales 132-95-MT-15.04, 534-95-MTC-15.17, 467-95-MTC-15.17 y 070-96-MTC-15.17.

De la Addenda de fecha 3 de agosto del 2000, obrante a fojas 510 se advierte que NEXTEL asumió como obligaciones aquellas que se señalaban en el Contrato de Concesión. De la misma forma, mediante Addenda del 26 de enero de 1999, obrante a fojas 547, se reconoce a NEXTEL como sociedad absorbente en la fusión , dejándose constancia que asume todas y cada una de las declaraciones , garantías, obligaciones y responsabilidades correspondientes a MASTERCOM TRUNKING S.A. , RADIONET S.A. y DUALCOM S.R. LTDA, conforme a los respectivos contratos de concesión de servicio troncalizado celebrados con el Ministerio.

De lo indicado hasta aquí queda claro que a NEXTEL le corresponde cumplir con las obligaciones adquiridas por MASTERCOM TRUNKING S.A. , RADIONET S.A. y DUALCOM S.R. LTDA en sus respectivos contratos de concesión. Además a NEXTEL, antes de GENERAL RADIO S.A., también le corresponden las obligaciones adquiridas en su propio contrato de concesión firmado bajo esta anterior razón social.

Ahora bien, en los contratos de concesión suscritos por estas cuatro empresas, es decir MASTERCOM TRUNKING S.A. , RADIONET S.A. y DUALCOM S.R. LTDA y GENERAL RADIO S.A. se consignan entre sus obligaciones aquellas derivadas del

Reglamento Específico. Así aparece en la respectiva cláusula sexta de los cuatro contratos de concesión correspondientes a las cuatro empresas mencionadas, tal y como puede apreciarse a fojas 557, 582, 620 y 644 del expediente principal, que obran en el archivo de información confidencial.

A fin de no dejar ninguna duda al respecto, en los cuatro contratos de concesión mencionados se establece en la respectiva cláusula segunda como definiciones, que Reglamento Específico será el aprobado mediante Resolución Ministerial 412-94-MTC - 15.104, ello consta a fojas 554, 579, 617 y 641 del expediente principal, que obran en el archivo de información confidencial.

Adicionalmente, se advierte que en la respectiva cláusula 21.01, tercer párrafo de los cuatro contratos de concesión mencionados se establece que el contrato deberá ser interpretado y ejecutado en armonía con la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento General, entre otras. Esto consta a fojas 568, 594, 631 y 656 del expediente principal, que obran en el archivo de información confidencial. Al referirse al Reglamento General, se está refiriendo al Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 62-94-PCM. Como ya hemos señalado en el artículo 109 de esta norma se señala que los contratos de interconexión deben sujetarse a lo establecido por la Ley, al Reglamento, y a los reglamentos específicos.

De lo indicado hasta aquí se concluye que NEXTEL se encuentra obligada en su condición de concesionaria del Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Servicio Troncalizado) a cumplir con el Reglamento Específico.

Finalmente, un aspecto que no es materia de la presente controversia, pero al que cabe referirse por haber sido mencionado por las partes y por estar vinculado con el tema de la concesión de NEXTEL es el relacionado al derecho de NEXTEL a interconectarse con la red de telefonía fija local y de larga distancia o a la red celular. La resolución 046-99-MTC/ 15.03 ha concluido que, desde el punto de vista técnico, económico y legal, la empresa NEXTEL no requiere de una concesión del servicio de telefonía móvil celular para interconectarse con la red de telefonía fija local y de larga distancia o a la red celular, dado que no prestará estos servicios, sino el servicio troncalizado con tecnología digital.

Sin embargo, de otro lado, no debemos olvidar que el servicio que opera y para el cual tiene concesión la empresa NEXTEL es el teleservicio troncalizado, cuya operación está destinada a utilizar la banda asignada según el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias a dicho servicio y, al margen de reconocérsele su derecho de interconexión, y de las facilidades de interconexión telefónica que pueda brindar, esta empresa como cualquier otra concesionaria está obligada a prestar el servicio conforme a su contrato de concesión, sin perjuicio del avance tecnológico que haya permitido su digitalización.

7.4. Interconexión entre NEXTEL y las demandadas TELEFÓNICA y MÓVILES

En este punto nos interesa determinar claramente si el contrato de interconexión, fuente de la relación de interconexión entre NEXTEL y TELEFÓNICA de alguna forma exime a la primera de su obligación de cumplir con el Reglamento Específico.

Mediante Resolución N° 044-99-GG/OSIPTEL de fecha 25 de junio de 1999, la Gerencia General de OSIPTEL aprobó el contrato de interconexión suscrito entre TELEFÓNICA y NEXTEL con fecha 17 de junio de 1999 para interconectar la red móvil del Servicio Troncalizado de ésta y las redes del Servicio de Telefonía Fija Local, Portador de Larga Distancia y Telefonía Móvil de aquélla.

En el referido contrato se autorizó a las partes a ceder su posición contractual, sus derechos o sus obligaciones a cualquier filial, subsidiaria, o empresa relacionada o vinculada que fuera titular de las concesiones para prestar los servicios públicos.

En virtud de la transferencia de las concesiones del servicio de telefonía móvil de TELEFÓNICA en favor de MÓVILES, que fuera aprobada por Resolución Viceministerial N° 311-99-MTC/15.03, esta última adquiere la calidad de concesionaria del servicio de telefonía móvil, a partir del 01 de enero de 2000 y en ese sentido, es titular de las obligaciones y derechos derivados del contrato de interconexión suscrito con NEXTEL.

En el contrato de interconexión de fecha 17 de junio de 1999, suscrito entre NEXTEL y TELEFÓNICA, el cual obra de fojas 40 a 51, las empresas involucradas acordaron en la décimo cuarta cláusula, obrante a fojas 49, que serían de aplicación la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento General de dicha ley, el Reglamento General de OSIPTEL, los Lineamientos de Apertura, el Reglamento de Interconexión, el Código Civil y demás normas aplicables, así como otras disposiciones sobre interconexión que dictase OSIPTEL.

Una primera observación a esta lista de normas es que las mismas no deben tomarse tal y como se encontraban a la fecha de la suscripción del contrato, sino que si se dieran modificaciones a las mismas, éstas serán de aplicación, en lo pertinente, a la relación jurídica originada por el contrato de interconexión analizado.

La segunda observación, es que se trata de una lista abierta, en el sentido que no debe tomarse como una fórmula taxativa que no admita la aplicación de otras normas más que las mencionadas expresamente, pues es claro que las partes han dejado su voluntad manifiesta en el sentido de considerar en el numeral 6 de la Décimo Cuarta Cláusula a “el Código Civil y las demás normas aplicables” como una suerte de lista abierta donde deben comprenderse todas aquellas normas de nuestro ordenamiento jurídico que resulten aplicables.

Adicionalmente, se ha dejado expresamente establecido que es de aplicación el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones el mismo que en el segundo párrafo de su Artículo 109, señala que los contratos de interconexión deben sujetarse a lo establecido en los reglamentos específicos, como hemos indicado en el punto 6.2.6. del presente voto.

De lo indicado, advertimos que el Reglamento Específico se encuentra considerado como una norma de aplicación a la relación de interconexión entre NEXTEL y las empresas demandadas TELEFÓNICA y MÓVILES, por las siguientes razones:

a. Las partes reconocen implícitamente que el Reglamento Específico es aplicable

Al haber acordado TELEFÓNICA y NEXTEL que el contrato se rige por las demás normas aplicables, ello incluye al Reglamento Específico, el mismo que debe considerarse como norma aplicable por mandato expreso del artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, antes citado.

b. Las partes no podrían haber eximido contractualmente a NEXTEL del cumplimiento del Reglamento Específico

Es importante señalar de otra parte, que sobre la obligación de cumplir el Reglamento Específico, no existe posibilidad alguna de negociación, pues se trata de una norma de carácter imperativo. Es por esto que en el supuesto que una de las partes se encontrase en la obligación de cumplir con una norma de este tipo, no habría ninguna posibilidad de que por acuerdo entre las partes se le exima de dicha obligación, por cuanto no se trata de un derecho disponible, sino de una norma de obligatorio cumplimiento.

En el presente caso, teniendo NEXTEL la obligación de cumplir con el Reglamento Específico, no existe posibilidad de eximirla de su cumplimiento mediante un contrato interconexión. Debe quedar claro que la obligación de cumplir con el Reglamento Específico no puede ser negociada, ni requiere ser específicamente mencionada en un contrato para que ella sea de cumplimiento. NEXTEL estará siempre obligada a cumplir el Reglamento Específico, en tanto este se encuentre vigente, no siendo sus relaciones de interconexión una excepción a esta regla.

8. SUSTENTO DEL VOTO EN DISCORDIA

8.1. Competencia del CCO

El inciso 4) del Artículo 77 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC, establece que es función fundamental del OSIPTEL el resolver controversias por la vía administrativa entre las empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

Así también, el inciso e) del Artículo 16 del Reglamento de OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 062-94-PCM, señala que este organismo debe dictar, entre otros, reglamentos referidos a la solución de controversias entre empresas operadoras.

A estos efectos mediante Resolución del Consejo Directivo de OSIPTEL N°027-99-CD/OSIPTEL se aprueba el Reglamento General para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, (en adelante, el Reglamento General de Solución de Controversias). En el artículo 1° de esta norma se establece que la misma está destinada a regir la actuación del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), en cuanto al ejercicio de su potestad de resolver controversias por la vía administrativa entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. El artículo 6° de esta misma norma señala que la primera instancia está conformada por un cuerpo colegiado compuesto por personas designadas por OSIPTEL al que se le denomina Cuerpo Colegiado Ordinario de OSIPTEL.

Es así que las facultades de un Cuerpo Colegiado Ordinario no son otras que las resolutivas y para ello se encuentra en potestad de aplicar las normas vigentes de nuestro ordenamiento jurídico y eventualmente interpretarlas.

Precisamente, sobre interpretación, el artículo 65 del Reglamento General de Solución de Controversias señala que las resoluciones de segunda y última instancia de OSIPTEL, al resolver casos particulares, interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada.

No obstante lo indicado, consideramos que la interpretación no puede constituirse en un “cajón de sastre” de donde cualquier norma pueda salir transformada a la medida de las necesidades, aún en contra de su propio texto. Como ya hemos indicado, las mismas reglas de interpretación señalan que “lo primero que debe hacer el intérprete es encontrar el significado a base de la expresión verbal empleada. De otro modo se caería en la arbitrariedad más absoluta”³⁷.

En tal sentido, la interpretación que realice un Cuerpo Colegiado Ordinario, no puede ir contra el sentido expreso de una norma, pues en esos casos se cae en el error de considerar que se está interpretando cuando en realidad se está modificando el sentido mismo de la norma, acción para la cual el Cuerpo Colegiado Ordinario no se encuentra facultado, pues su competencia administrativa es la de resolver las controversias en base a las normas ya existentes.

En el presente caso, conforme a los argumentos esgrimidos en la resolución suscrita por los otros miembros del CCO, consideramos que, todo el análisis realizado podría llevarnos a considerar como una posibilidad la necesidad de replantear el contenido de la artículo 42° inciso j) del Reglamento Específico y, previo estudio técnico y económico, podríamos tal vez coincidir en que fueron las especiales características de la tecnología analógica la razón de ser de la emisión del inciso j) del artículo 42ª del Reglamento Específico, y que en la actualidad no resulta razonable que se aplique al supuesto de hecho de los equipos del sistema troncalizado digital por haber superado las limitaciones técnicas inherentes a la tecnología analógica, que generaron la emisión de dicha norma.

Sin embargo, aún en dicho supuesto, el CCO, por no contar con los medios probatorios que acrediten esta presunción, debe de igual modo aplicar el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico a la relación de interconexión, que es el punto controvertido y tomar las acciones para que OSIPTEL proceda a recomendar al MTCC el estudio de la misma, dado que si su aplicación no es congruente con la realidad, nos encontraríamos con un problema de falta de adaptación de la norma a la realidad, problema que trascendería a la relación de interconexión entre NEXTEL y TELEFÓNICA.

No compete al CCO el dejar de aplicar una norma por considerar que ha caído en desuso a causa de los avances técnicos, pues ello excede las facultades de

³⁷ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: WG editor, 1991, Tomo I, p.71

interpretación e invade las atribuciones del MTCC que es la autoridad competente para modificar la norma en cuestión.

La limitación del CCO para modificar o derogar normas, es la misma limitación que existe en la labor judicial. Asimilando las facultades del CCO, a la de un juez, hacemos nuestra la opinión de José León Barandiarán cuando señala “No es el caso de negar el reparo que una ley que cae en desuso, debería dejar de tener aplicación. Pero la solución no está en admitir que ella pueda ser abrogada simplemente por el desuso, sino en que se proceda por el legislador a derogarla. El juez invade la atribución del legislador, si aquel por considerar simplemente que la ley ha caído en desuso no la aplica. La seguridad y firmeza en las soluciones jurídicas, que son precisamente las ventajas que ofrece el derecho positivo desaparecen de tal suerte”³⁸

8.2. Seguridad Jurídica y protección de la libre competencia en el mercado

Los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones³⁹ señalan en su introducción que su finalidad es hacer predecibles las decisiones de la autoridad y de esa manera contribuir con la seguridad jurídica y con la creación de un marco que brinde garantías a la inversión privada.

El presente voto encuentra su fundamento precisamente en la seguridad jurídica que debe existir respecto de la aplicación del derecho positivo. No consideramos que en el presente caso, la seguridad jurídica deba verse afectada por interpretaciones que en nuestra opinión no son necesarias, frente a la claridad de la norma y en el contexto del contrato de interconexión.

En este extremo, resulta pertinente analizar el tema, no solo considerando si el Reglamento Específico responde o no a las necesidades del mercado, sino también si se respeta el principio de seguridad jurídica, pues ambos conceptos se encuentran íntimamente entrelazados, desde que la seguridad jurídica en una economía de libre mercado, donde el Estado no puede decidir qué ni para qué producir, se constituye en una necesidad básica para que los agentes económicos determinen cómo deben asignarse los recursos existentes. Para que el mercado funcione eficientemente no solo interesa la seguridad jurídica del peticionante sino también la seguridad jurídica de sus competidores locales.

La seguridad jurídica implica la existencia de una administración que actúa con transparencia y predecibilidad, brindando al usuario la posibilidad de anticiparse a la solución de un caso a partir de la aplicación uniforme de la ley y con base en una razonable interpretación administrativa o judicial.

9. CONCLUSIONES

Los fundamentos antes señalados, conducen a la firmante a concluir lo siguiente:

³⁸ *Ibid.*, p.13

³⁹ *Aprobados mediante RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO N° 003-2000-CD-OSIPTel*

- 9.1. OSIPTEL es el organismo competente para conocer y emitir pronunciamiento respecto a la aplicación o no del artículo 42° inciso j) del Reglamento Específico del Teleservicio de Canales Múltiples de Selección Automática aprobado mediante Resolución Ministerial N° 412-94-MTC-15.04, a la relación de interconexión entre NEXTEL y las empresas demandadas TELEFÓNICA Y TELEFÓNICA MOVILES.
- 9.2. El artículo 42, inciso j), del Reglamento Específico es una disposición que se encuentra vigente y que es aplicable a todo Servicio Troncalizado, independientemente de la tecnología utilizada, pues esta norma - a diferencia de otras normas del mismo Reglamento Específico donde si se distingue una tecnología de otra- no hace ninguna distinción sobre si se aplica a la tecnología analógica o a la tecnología digital, por lo tanto es aplicable a ambas, pues no cabe distinguir allí donde la ley no distingue.
- 9.3. Respecto a la opinión de los otros miembros de este CCO, sobre el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, en el sentido de considerar que el único motivo por el cual se pudo emitir la disposición contenida en el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico del Servicio Troncalizado fue el de preservar la calidad, evitando la saturación del espectro disponible, debe señalarse que ello no necesariamente aparece así indicado del texto de la referida ley. Por el contrario, como ya se ha explicado en el punto 6.1.2. del presente voto, del texto del Decreto Legislativo 757, concretamente del artículo 9, no se colige que el preservar la calidad sea el único supuesto de excepción, mas aún, el tema de calidad ni siquiera es considerado, como si lo son otras situaciones expresamente enumeradas en la mencionada norma, razón por la cual la presunción o convencimiento al que llegan los otros miembros de este CCO son negados por esta realidad.
- 9.4. En nuestra opinión, la solución a la que arriban los otros miembros de este CCO en base a criterios de interpretación no es correcta pues consideramos que atenta contra un principio universal de interpretación que es justamente el no interpretar la norma contra el sentido literal de lo que ella dice y del mismo modo va contra la seguridad jurídica que debe existir en el derecho positivo. Coincidimos con los otros miembros de este CCO, en que un ordenamiento jurídico en sí mismo debe ser coherente, es por ello que creemos que si consideraron que el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico era contrario al ordenamiento, la solución no estaba en interpretar esta norma en contra de su propio sentido literal para forzarla a ser coherente con el sistema, sino que simplemente se debió identificar puntualmente la norma de mayor jerarquía que se contraponía a ella y aplicarla. Creemos que en esta tarea se debe ser muy puntual y categórico para definir la norma opuesta a aplicarse, no es suficiente con señalar que el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico es contrario a principios u objetivos del ordenamiento.
- 9.5. NEXTEL se encuentra obligada a cumplir con el artículo 42, inciso j), del Reglamento Específico por así señalarlo expresamente su Contrato de Concesión y porque no existe ninguna norma o acuerdo posterior que exima a NEXTEL del cumplimiento de la obligación contraída respecto del artículo 42, inciso j), del Reglamento Específico, con el Estado peruano.

- 9.6. En tal sentido, sin perjuicio de considerar que no se trata de un derecho disponible sobre el cual las partes hubieren podido pactar, el Contrato de Interconexión, fuente de la relación de interconexión entre NEXTEL y las empresas demandadas, no exime a NEXTEL del cumplimiento del artículo 42, inciso j), del Reglamento Específico, sino que, por el contrario, indirectamente comprende a dicho reglamento como una norma por la que NEXTEL debe regir sus acciones en su condición de concesionaria. En tal sentido, no existen razones para considerar que es la relación de interconexión, el escenario donde NEXTEL pueda eximirse del cumplimiento de las obligaciones pactadas con el Estado peruano.
- 9.7. No obstante, que a futuro el artículo 42, inciso j), del Reglamento Específico pudiere ser derogado o modificado por el MTCC, previo estudio correspondiente, en la actualidad se trata de una norma vigente en nuestro ordenamiento jurídico y como tal debe ser cumplida. Si bien los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones tienen como principal finalidad la de preservar y promover un régimen de libre competencia, este principio no puede atentar contra la seguridad jurídica que permite un marco legal positivo y que también está orientada a preservar la libre competencia en el mercado peruano, permitiendo que sus agentes económicos adopten conductas eficientes, a fin de brindar garantías a la inversión privada, como elemento fundamental para la captación de nuevas inversiones⁴⁰.

En atención a los considerandos expuestos, la firmante de este voto en minoría, considera que el fallo debería ser por declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta por la demandante NEXTEL contra las demandadas TELEFÓNICA y MÓVILES, declarando que resulta aplicable el inciso j) del artículo 42° del Reglamento Específico a la relación de interconexión existente entre la parte demandante y la parte demandada.

⁴⁰ En la introducción de los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, aprobados por resolución 003-2000-CD-OSIPTEL se señala como finalidad hacer predecibles las decisiones de la autoridad y de esa manera contribuir con la seguridad jurídica y con la creación de un marco que brinde garantías a la inversión privada.