

RESOLUCIÓN N° 016-2001-CCO/OSIPTEL

Lima, 7 de diciembre de 2001

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Compañía Telefónica Andina S.A. (en adelante TELEANDINA) y Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA) por supuestos incumplimientos de los principios de no discriminación e igualdad de acceso en la relación de interconexión existente entre dichas empresas.

VISTOS:

El expediente N° 004-2001.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1. Demandante:

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

2. Demandado:

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

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

II. ANTECEDENTES y POSICIONES DE LAS PARTES

Con respecto a este punto, el Cuerpo Colegiado se remite y recoge lo expuesto en las secciones II y III del Informe Instructivo de Secretaría Técnica N° 007-2001/GRE (en adelante el Informe de Secretaria Técnica).

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

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

1. Determinar si TELEFÓNICA ha violado los principios de no discriminación e igualdad de acceso al no trasladar a TELEANDINA el cargo por terminación en la red de telefonía fija si la llamada es originada en la red fija local, pactado con BELLSOUTH PERÚ S.A. (en adelante BELLSOUTH) mediante acuerdo de interconexión de fecha 26 de julio de 2000 y que fuera aprobado por OSIPTEL mediante Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL.
2. Determinar si debe ordenarse la aplicación del cargo pactado por TELEFÓNICA y BELLSOUTH PERÚ S.A. mediante Acuerdo de fecha 26 de julio de 2000 a las liquidaciones de tráfico efectuadas por TELEFÓNICA y TELEANDINA a partir de dicha fecha y de ser así, si corresponde ordenar la emisión por parte de TELEFÓNICA de las notas de crédito que corresponderían a favor de TELEANDINA.

IV. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

Antes del análisis de fondo corresponde resolver la tachada interpuesta por TELEFÓNICA con fecha 24 de julio de 2001, contra el Informe preparado por Strategic Policy Research Inc. para OSIPTEL, ofrecido por la demandante como medio probatorio con su escrito de demanda y adjuntado como anexo 1E.

TELEFÓNICA fundamenta su pedido en que el mencionado informe no se condice con la realidad nacional por considerar datos errados e informes no publicados, violando las normas de transparencia y por recoger datos de benchmarking sin incluir subsidios. Asimismo, TELEFÓNICA presenta medios probatorios que a su entender demostrarían que las bases del informe tachado son erradas.

Mediante Resolución N° 002-2001-CCO/OSIPTEL se corrió traslado de la mencionada tachada, la cual fue absuelta por TELEANDINA mediante escrito de fecha 3 de agosto de 2001.

De acuerdo a lo previsto por la Segunda Disposición Final del Reglamento de Solución de Controversias en la Vía Administrativa aprobado por Resolución 027-99-CD/OSIPTEL (en adelante el Reglamento de Controversias), el Código Procesal Civil es aplicable supletoriamente a este procedimiento.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 300° del Código Procesal Civil la tachada procede contra testigos y documentos,

Por otro lado, la tachada contra un documento procede por las causales de nulidad o falsedad del mismo, de acuerdo con los artículos 242° y 243° del Código Procesal Civil.

En tal sentido, no habiéndose fundado la tacha interpuesta por TELEFÓNICA en las mencionadas causales, corresponde declararla improcedente, sin perjuicio que el Cuerpo Colegiado evalúe el valor probatorio del informe tachado así como de los informes presentados por TELEFÓNICA, de ser necesario para la solución de la presente controversia.

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

A efectos de determinar si TELEFÓNICA ha cometido la infracción que se le imputa se debe determinar (i) si TELEANDINA tenía derecho a acogerse al cargo de interconexión de US\$ 0,0168 establecido en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL y posteriormente pactado entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH para la interconexión de sus redes fijas; (ii) de concluir que sí tenía derecho, determinar los alcances de la obligación de TELEFÓNICA de liquidar con TELEANDINA aplicando dicho cargo de interconexión; y (iii) si el no haber liquidado con TELEANDINA con dicho cargo constituye una infracción al artículo 37° del Reglamento de Infracciones.

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

Con relación a este punto, el Cuerpo Colegiado suscribe en su integridad lo señalado en el numeral 1 del acápite V del Informe de la Secretaría Técnica y; en particular, considera relevante lo siguiente:

- a) De acuerdo con el artículo 13° del Reglamento de Interconexión, recogido en el numeral 44 de los Lineamientos de Apertura, *“Los operadores de redes o servicios interconectados, se pagarán entre sí cargos de acceso, en relación a las instalaciones, que acuerden brindarse para la interconexión. Tales cargos serán aprobados por OSIPTEL y serán iguales a la suma de: (i) los costos de interconexión, (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local, y (iii) un margen de utilidad razonable.”*
- b) El numeral 48 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Servicios Públicos de Telecomunicaciones del Perú, aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC (en adelante los Lineamientos) establece que *“Al definirse los cargos de interconexión por defecto debe establecerse un solo cargo de interconexión a nivel local sin diferenciar entre llamadas entrantes y salientes, ni locales y larga distancia nacional e internacional, pues ello genera distorsiones y arbitrajes que desnaturalizan el objetivo perseguido por este tipo de diferenciaciones. Asimismo, este cargo de interconexión será único por departamento (nueva área local) por la terminación de la llamada.”*

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

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

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

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

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

De las normas antes citadas, se desprende que:

- b.1) Los cargos de interconexión deben ser fijados en función a costos más un margen de utilidad razonable. En tal sentido, si el costo de terminar en una red de telefonía local una llamada proveniente de otra red de telefonía local es el mismo que el de terminar una llamada proveniente de una red de larga distancia, el cargo de interconexión debería ser el mismo.
- b.2) El numeral 48 de los Lineamientos de Apertura, al establecer que para efectos del cargo de interconexión por defecto, no debe diferenciarse entre llamadas locales ni de larga distancia, reconoce que no existe justificación alguna para diferenciar entre ambos tipos de llamadas. Es decir, concordando dicha norma con lo establecido en el artículo 13º del Reglamento de Interconexión, recogido en el numeral 44 de los Lineamientos de Apertura, el costo de terminar una llamada proveniente de una red local en otra red local, es el mismo que el de terminar una llamada proveniente de una red de larga distancia en una red local.
- b.3) Lo mencionado se recoge en la Resolución N° 114-2000-GG- en la cual se establece que el acuerdo relativo al cargo por terminación de llamada en la red de telefonía fija de US\$0,029 si la llamada proviene de o termina en cualquier otra red, no puede afectar a operadores que no han suscrito el contrato, los mismos que se pueden acoger a las mejores prácticas.

- b.4) En tal sentido, siendo el costo de terminar una llamada de larga distancia igual al de terminar una llamada local en la red de telefonía fija, el cargo de interconexión en ambos casos debería ser el mismo, de conformidad con las normas antes citadas.
- b.5) Lo señalado en el literal anterior se sustenta además, en virtud a los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso.
- b.6) Como consecuencia de los principios mencionados en el literal anterior se establece el derecho de los operadores de acogerse al cargo más beneficioso que su contraparte hubiera pactado con un tercero en una relación de interconexión equivalente.
- b.7) Debido a lo mencionado en el literal b.3) del presente numeral, la relación de interconexión para la cual se pactó el cargo de US\$0,0168 resulta equivalente a la establecida mediante el MANDATO, entre TELEFÓNICA y TELEANDINA, y por lo tanto tendría derecho a la adecuación del MANDATO. Esto último se encuentra corroborado con lo establecido en la Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL, citada en el literal c precedente.
- c) Respecto de los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en su contestación, debe de tenerse en cuenta lo siguiente:
 - c.1) La Resolución N° 018-98-CD/OSIPTEL citada por TELEFÓNICA, permitía que para el caso de telefonía fija se establecieran cargos diferenciados para el horario diurno y nocturno, lo cual no quiere decir que permitiera diferenciar el cargo tope promedio ponderado en atención a la red de procedencia o de origen de la llamada. Interpretar lo contrario implicaría ir en contra de lo establecido en el numeral 48 de los Lineamientos de Apertura, norma de mayor jerarquía que la citada resolución.
 - c.2) El hecho que OSIPTEL haya establecido en la Resolución que aprobó el contrato de interconexión de las redes de telefonía fija de TELEFÓNICA y BELLSOUTH que, *“En aplicación de lo dispuesto por el Artículo 1363º del Código Civil, los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan. En ese sentido, el contrato de interconexión sólo involucra y resulta oponible a las partes que lo han suscrito y no a terceros operadores”*, no puede ni debe entenderse como una restricción al ejercicio del derecho de los demás operadores de acogerse al cargo más beneficioso. Es más, dicha precisión, se incluyó como argumento para concluir que la distinción de cargos pactados por TELEFÓNICA y BELLSOUTH no podía ser opuesto a empresas operadoras que no hubieran intervenido en el contrato.
 - c.3) Que OSIPTEL haya aprobado el contrato de interconexión para las redes de telefonía fija de TELEFÓNICA y BELLSOUTH, no implica que haya considerado que dicho cargo únicamente podía ser aplicado para las interconexiones entre redes fijas; tal como se establece expresamente en la Resolución que lo aprobó.

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

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

En tal sentido, el Cuerpo Colegiado entiende que la aprobación de dicho contrato -con la distinción de cargos para la interconexión de las redes fijas y la interconexión de las redes de larga distancia y fija de las partes-, obedece al reconocimiento por parte del regulador del derecho de las partes por un lado de pactar un cargo menor al tope, y por otro lado de optar por acogerse o no al cargo que le resulte más favorable, siempre que éste no fuera el cargo tope.¹

- c.4) El hecho que OSIPTEL haya dictado el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL, estableciendo el cargo de US\$ 0,0168 para la interconexión de las redes fijas de las partes y no se haya modificado el cargo de US\$ 0,029 vigente entre las partes para la relación de interconexión entre la red fija de TELEFÓNICA y la red de larga distancia de ATT, no demuestra que el regulador haya considerado que el cargo de US\$ 0,0168 sólo podía ser aplicado en las interconexiones de redes de telefonía fija, y que no era posible que un operador de larga distancia se acogiera a dicho cargo.

El citado mandato, tal como lo establece expresamente, regula única y exclusivamente las relaciones de interconexión entre la red fija de ATT, y la red fija de TELEFÓNICA y la red móvil de TELEFÓNICA MÓVILES, no incluyendo ni la interconexión entre la red fija de TELEFÓNICA y la red de larga de distancia de ATT, ni la de la red de larga distancia de TELEFÓNICA y la de telefonía fija de ATT. En tal sentido, dicho mandato, no tenía ni podía pronunciarse sobre el cargo aplicable a dichas relaciones de interconexión. Esta aclaración consta en el propio texto del mandato.²

¹ Una interpretación similar se desprende de la Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL, en la cual se establece, respecto de la tabla de enlaces aprobada por las partes, que *“ (...) las partes pueden renunciar mutua o unilateralmente a la aplicación de mejores prácticas, siempre y cuando dicha conducta no atente contra el ordenamiento legal vigente.”*

² Sobre este punto en el numeral 4.2.6 de dicho Mandato se establece que *“(...) esta Gerencia considera que mediante el Mandato de Interconexión N°001-99-GG/OSIPTEL se estableció la interconexión entre la red del servicio portador de larga distancia de FIRSTCOM con la red de los servicios de telefonía fija local y portador de larga distancia de*

En tal sentido, el Cuerpo Colegiado considera que, en virtud de la normativa vigente³ y de acuerdo con los argumentos expuestos en el Informe de Secretaría Técnica, las empresas operadoras de larga distancia interconectadas con la red de telefonía fija de TELEFÓNICA, entre ellas TELEANDINA, tuvieron el derecho de acogerse al cargo más favorable de US\$ 0,0168 aprobado en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL y acordado en el contrato entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH aprobado por Resolución N°114-2000-GG/OSIPTEL, desde la vigencia de éste (es decir, antes de la entrada en vigencia de la Resolución N° 061-2000-CD/OSIPTEL que aprobó dicho cargo como tope).

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

Habiéndose concluido que TELEANDINA tenía el derecho de acogerse al cargo de terminación en la red fija de TELEFÓNICA que le resultara más favorable, por el principio de no discriminación y de igualdad de acceso -en este caso al cargo de US\$ 0,0168– corresponde determinar los alcances de la obligación de TELEFÓNICA de liquidar con TELEANDINA aplicando este cargo.

Para tal efecto es necesario analizar lo siguiente:

a) Alcances del artículo 25° del Reglamento de Interconexión:

El artículo 25° del Reglamento de Interconexión establece que en virtud de los principios a que se refiere el artículo 7° de dicho reglamento, los contratos de interconexión incluirán una cláusula que garantice la adecuación de ser el caso, de los cargos de acceso y/o condiciones económicas que les fueran aplicables, cuando una de las partes negocie con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos de acceso y/o condiciones económicas más favorables que los acordados en contratos previos para una interconexión equivalente.

Los principios a que se refiere el artículo 7° del Reglamento de Interconexión son los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia.

En tal sentido, a efectos de interpretar dicho artículo debemos remontarnos al espíritu de tal norma, es decir al objetivo de los citados principios.

TELEFÓNICA, **por lo que no es necesario pronunciarse en el presente MANDATO** respecto de las llamadas originadas en la red fija local de FIRSTCOM que utilizando los servicios de ésta misma se brinda terminan en la red local de TELEFÓNICA en áreas locales distintas a la del departamento de Lima.” (El resaltado es nuestro). De otro lado, en el mismo punto se establece que “Atendiendo a los comentarios de FIRSTCOM, es opinión de esta Gerencia General que un requisito previo para que los abonados de FIRSTCOM puedan preseleccionar a TELEFÓNICA como su operador del servicio de larga distancia, es que exista un acuerdo de interconexión entre la red del servicio de telefonía fija local de FIRSTCOM y la red del servicio portador de larga distancia de TELEFÓNICA, lo cual **no es materia del presente MANDATO** y se sujetará a lo dispuesto en la normativa relativa a interconexión y preselección vigente.” (El resaltado es nuestro).

³ Numeral 48 de los Lineamientos de Apertura; artículos 7°, 13° y 25° del Reglamento de Interconexión; artículo 12° del Mandato N° 001-2000-GG/OSIPTEL.

Los principios antes mencionados, en términos generales, tienen como propósito salvaguardar los valores jurídicos de igualdad y competencia. Es decir, buscan que todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones se encuentren en igualdad de condiciones para así poder competir entre ellos.

Dichos objetivos únicamente podrían cumplirse si todas las empresas estuvieran en igualdad de condiciones todo el tiempo. El hecho que una empresa esté en mejores condiciones que otra, aunque sea en un periodo corto, podría generar distorsiones que afecten la competencia entre las empresas.

En tal sentido, la cláusula o artículo de adecuación que se incluya en un contrato o mandato, respectivamente, debe ajustarse a lo expuesto en los párrafos precedentes. Es decir, garantizar a la empresa que en caso su contraparte en una relación de interconexión, acuerde con otra empresa una condición económica más favorable, dicha condición se le aplicaría a partir del mismo día en que se aplicaría a la empresa que llegó a tal acuerdo.

b) Contrato de Interconexión celebrado por TELEFÓNICA y TELEANDINA.

TELEANDINA, además fundamenta su demanda en el Contrato de Interconexión celebrado con TELEFÓNICA con fecha 3 de diciembre de 1999, el cual en su cláusula décimo cuarta establece que *“(...) los cargos de interconexión o las condiciones económicas del presente contrato se adecuarán automáticamente sin necesidad de cursar comunicación alguna cuando una de las partes celebre con un tercer operador un contrato de interconexión equivalente que contemple cargos de interconexión o condiciones económicas más favorables que los acordados en el presente documento. La parte que pretenda la adecuación de los cargos de interconexión o de las condiciones económicas de éste contrato deberá solicitar y conceder a la otra un plazo de 60 días calendario para la correspondiente adaptación.”* (Sic.)

Sobre el particular es necesario precisar lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 36° del Reglamento de Interconexión la empresa operadora a la que se hubiese solicitado la interconexión debe presentar el contrato de interconexión que pretenda celebrar ante OSIPTEL para que éste emita su conformidad con el documento, o expida las modificaciones o adiciones que estime necesarias, las mismas que serán obligatoriamente incorporadas al contrato.

Por su parte el artículo 39° del Reglamento de Interconexión establece que:

“El OSIPTEL podrá objetar con expresión de causa los contratos de interconexión si éstos se apartan de los criterios de costos que corresponda aplicar, o atentan contra los principios que rigen la interconexión en grado tal que afecte los intereses de los usuarios de los servicios o de terceros operadores.”

*Producidas las circunstancias indicadas en el párrafo anterior, el OSIPTEL podrá requerir a las partes contratantes para que revisen el acuerdo que entre ellas hubiesen convenido, **bajo apercibimiento de expedir un mandato estableciendo las condiciones a las que se sujetará la interconexión.***

Finalmente, el último párrafo del artículo 38° establece que “El contrato de Interconexión, sus modificatorias y los mandatos que expida OSIPTEL, **entrarán en vigencia desde el día siguiente de notificada la resolución correspondiente.**”

Es decir, de acuerdo con las normas antes citadas, para la validez de los contratos de interconexión **no es suficiente el acuerdo de voluntades de las partes intervinientes, sino que es necesaria la emisión de una resolución por parte de OSIPTEL que lo apruebe.**

En el caso en concreto del contrato de interconexión celebrado entre TELEFÓNICA y TELEANDINA citado anteriormente, es del caso aclarar que con fecha 7 de julio de 1999 las partes remitieron a OSIPTEL el contrato de interconexión suscrito el 30 de junio mediante el cual se establecía la interconexión de la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de TELEANDINA con la red de telefonía fija, larga distancia y telefonía móvil de TELEFÓNICA.

Dicho contrato, sin embargo fue materia de observaciones por parte de OSIPTEL mediante Resolución N° 059-99-GG/OSIPTEL⁴ “(...) *atendiendo a que el contrato remitido contenía aspectos que se apartaban de la regulación normativa vigente o los principios contenidos en ella(...).*”⁵

Debido a que las empresas TELEANDINA y TELEFÓNICA no subsanaron las observaciones formuladas al contrato de interconexión mediante la citada resolución, OSIPTEL no aprobó dicho contrato, e inició el procedimiento para la emisión de un mandato.

Luego de notificado el proyecto de mandato, con fecha 7 de diciembre TELEANDINA remitió a OSIPTEL el contrato de interconexión modificado de fecha 3 de diciembre de 1999, dicho contrato fue revisado por OSIPTEL en su intención de privilegiar los términos y condiciones pactados por las partes, sin embargo concluyó que dicho contrato no podía ser aprobado por cuanto las partes no habían cumplido con incorporar las observaciones formuladas en los términos dispuestos por OSIPTEL, y emitió en su lugar el Mandato N° 001-2000-GG/OSIPTEL.

En tal sentido, el contrato de interconexión mencionado no se encuentra ni se encontraba vigente al momento en que se aprobó el contrato de

⁴ La Resolución N° 059-99-GG/OSIPTEL fue publicada en el diario oficial El Peruano, el 26 de agosto de 1999. Con fecha 10 de setiembre de 1999 TELEFÓNICA apeló la mencionada resolución, siendo dicha apelación declarada infundada mediante Resolución N° 086-99-PD/OSIPTEL.

⁵ Mandato N° 001-2000-GG/OSIPTEL.

interconexión entre BELL SOUTH y TELEFÓNICA en el que se acordó el cargo de US\$0,0168, motivo por el cual no es posible pretender aplicarlo a la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y TELEANDINA como se desprende de la demanda y alegatos presentado por TELEANDINA.

c) Interpretación del Artículo 12° del MANDATO:

En aplicación del artículo 25° del Reglamento de Interconexión, el artículo 12° del MANDATO establece que “(...) los cargos y condiciones económicas se adecuarán automáticamente cuando una de las partes acuerde con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos o condiciones más favorables, para la otra parte, que los establecidos en el MANDATO.”

A efectos de determinar los alcances del mencionado artículo, corresponde precisar que debe entenderse por adecuación automática de los cargos y demás condiciones económicas del MANDATO.

De acuerdo con lo mencionado en los puntos anteriores, a efectos de interpretar el artículo 12° del MANDATO, y en consecuencia determinar qué debe entenderse por automático, debe tomarse en consideración los principios en los cuales se fundamenta el artículo 25° del Reglamento de Interconexión y el espíritu de dicha norma. Sobre el particular, según se ha desarrollado en el acápite 2.a) precedente, tales principios buscan que las empresas estén en todo momento en igualdad de condiciones.

Empleando la terminología recogida en el Informe de Secretaría Técnica, la adecuación debe darse cuando la empresa con la cual se tiene una relación de interconexión (Empresa A) acuerde un cargo o cualquier otra condición económica con una empresa (Empresa B) que le resulte más favorable a otra empresa con la cual la Empresa A tiene previamente una relación de interconexión (Empresa C). Ello, en términos latos, supone establecer si tal adecuación opera de modo inmediato, es decir, desde el momento en que las Empresas A y B hubieran pactado condiciones más favorables para la Empresa C; o si, por el contrario, es necesario que la Empresa C solicite le sean aplicadas dichas condiciones.

A fin de optar por una de las interpretaciones antes indicadas, el Cuerpo Colegiado, considera relevante distinguir entre aquellos casos en los que resulta evidente determinar cuál es la condición más favorable de otros donde tal determinación revista mayor complejidad, teniendo en cuenta las diversas modalidades y facultades previstas, respectivamente, en los artículos 21° y 23° del Reglamento de Interconexión.

Así, en el primer supuesto -cuando es evidente que las condiciones pactadas entre la Empresa A y la Empresa B son mejores que la pactadas entre la Empresa A y la Empresa C- la aplicación automática debe operar inmediatamente, sin que sea requisito el intercambio de comunicación alguna. De otro lado, en el segundo supuesto -cuando la determinación de qué condiciones son más favorables sea más compleja, en tanto admita cierto margen de interpretación y, por tanto, sea relevante

la opinión de la Empresa C-; debe colegirse que la automaticidad estará referida a la obligación que corresponde a la Empresa A de comunicar - inmediata y fehacientemente- a la Empresa C las condiciones más favorables pactadas con la Empresa B, de modo que si la Empresa C decidiera aceptar la adecuación, ésta se produciría con efectos retroactivos al momento en que tales condiciones entraron en vigencia para las Empresas A y B.

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

En el caso concreto de la presente controversia, es fácil colegir que la aplicación cargo de US\$ 0,0168, se encuentra dentro de aquellos supuestos en los que resulta evidente definir cuál es la condición más favorable.

En tal sentido y en virtud de los argumentos antes mencionados el Cuerpo Colegiado considera que para efectos de la adecuación del MANDATO no se requiere comunicación alguna por parte de la empresa que se vería favorecida por las condiciones económicas mas favorables, en el presente caso TELEANDINA.

Con respecto a la fecha en la cual se habría producido la adecuación automática, TELEANDINA sostiene que sería el 27 de julio de 2000, día siguiente a la fecha de adopción del acuerdo entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH.

Sin embargo, debe tomarse en consideración que, tal como se ha mencionado en el punto anterior, los mandatos y los contratos de interconexión entran en vigencia al día siguiente en que se notifique a las partes la resolución que los aprueba. En tal sentido, sólo a partir de la vigencia del contrato de interconexión en el que se hubieran pactado condiciones más favorables, se produciría la adecuación automática del MANDATO.

En el presente caso, la Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL, que aprobó el contrato de interconexión entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH en el cual se acordó el cargo de US\$ 0,0168, fue aprobada el 4 de setiembre, entrando en vigencia dicha relación de interconexión el 5 de setiembre, tal como se en los artículos 3° y 5° de dicha resolución.

En tal sentido, la adecuación automática se habría producido en tal fecha. Sin embargo, con fecha 7 de agosto de 2000 entró en vigencia el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL, mediante el cual se estableció la relación de interconexión de las redes fijas de TELEFÓNICA y AT&T, fijándose como cargo de interconexión US\$ 0,0168.

Si bien el artículo 12° del MANDATO establece que la adecuación automática se produce cuando una de las partes de una relación de interconexión acuerda con una tercera empresa condiciones económicas más favorables para la otra parte, esta misma regla debiera aplicarse cuando la condición más favorable se establece en un mandato. Esto debido a que (i) los mandatos sustituyen a los contratos y debiera aplicarse, en cuanto resulte posible, las mismas reglas; y (ii) por los principios de no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia, mencionados anteriormente.

En tal sentido, la adecuación automática del cargo establecido en el MANDATO, se habría producido el 7 de agosto de 2000.

3. COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN POR PARTE DE TELEFÓNICA

Conforme al artículo 35° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, dispone que la empresa que aplique cargos establecidos para la interconexión mayores a los determinados por la autoridad, incurrirá en infracción muy grave.

En el presente caso, OSIPTEL estableció en el MANDATO el cargo de US\$ 0,029. Sin embargo, dispuso la adecuación automática de dicho cargo en caso una de las partes pactara con otra un cargo más favorable.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, con fecha 7 de agosto de 2000 el MANDATO se habría adecuado de manera automática al cargo de US\$ 0,0168. En tal sentido, a partir de dicha fecha TELEFÓNICA, de conformidad con el MANDATO debió de aplicar dicho cargo. Al no haberlo hecho, habría incurrido en una infracción al artículo 35° antes citado.

Por tal motivo, el Cuerpo Colegiado estima pertinente sancionar a TELEFÓNICA por la comisión de la mencionada infracción con multa ascendente a 151 UIT.

VI. ANÁLISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO 2 – Aplicación del cargo de US\$ 0,0168 y emisión de notas de crédito.

El segundo punto controvertido, tal como se ha mencionado anteriormente, corresponde determinar si debe ordenarse la aplicación del cargo pactado por TELEFÓNICA y BELLSOUTH PERÚ S.A. mediante acuerdo de fecha 26 de julio de 2000 a las liquidaciones de tráfico efectuadas por TELEFÓNICA y TELEANDINA a partir de dicha fecha y de ser así, si corresponde ordenar la emisión por parte de TELEFÓNICA de las notas de crédito que corresponderían a favor de TELEANDINA.

Respecto del primer punto controvertido y, en los términos antes referidos, el Cuerpo Colegiado ha considerado que TELEANDINA tenía derecho a la adecuación automática de su cargo de terminación en la red fija, sin necesidad de solicitarlo, y que TELEFÓNICA estaba en condiciones privilegiadas para conocer que la celebración del contrato de interconexión con BELLSOUTH obligaba a pactar iguales condiciones con TELEANDINA.

En tal sentido, el Cuerpo Colegiado considera que al no existir plazo para que TELEANDINA reclame la aplicación del cargo de interconexión más favorable, y dado que TELEFÓNICA no intentó aplicar automáticamente a TELEANDINA respecto del acuerdo celebrado con BELLSOUTH. TELEANDINA tiene el derecho a que el cargo de interconexión para la terminación de sus llamadas en la red correspondiente al periodo comprendido entre el 7 de agosto de 2000 y el 31 de diciembre de 2000 se adecué retroactivamente al cargo de US \$ 0,0168. Debiendo en consecuencia liquidarse por dicho periodo de acuerdo con el mencionado cargo, así como emitirse las facturas , las notas de crédito correspondientes, según sea el caso.

Debido a lo antes mencionado, es conveniente otorgar un plazo máximo de veinte (20) días hábiles a TELEFÓNICA para cumpla con liquidar de acuerdo con el cargo establecido en la presente resolución.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar improcedente la tacha interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. a que se refiere el punto IV de la sección de considerandos de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. por los fundamentos expuestos en la sección de considerandos de la presente resolución.

Artículo Tercero.- Sancionar a Telefónica del Perú S.A.A. con multa ascendente a 151 UIT por infracción al artículo 35° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, modificado por Resolución N° 048-2001-CD/OSIPTEL.

Artículo Cuarto.- Ordenar a Telefónica del Perú S.A.A. liquidar y facturar o emitir las notas de crédito según corresponda, a Compañía Telefónica Andina S.A. con el cargo de US\$ 0,0168 por el tráfico cursado por esta última empresa y terminado en la red fija de la primera por el periodo comprendido entre el 7 de agosto de 2000 y 31 de diciembre de 2000; en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles de notificada la presente resolución.

Artículo Quinto.- Ordenar a la Secretaría Técnica poner en conocimiento del Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima que se encuentra conociendo la solicitud de pago por concepto de cargos de interconexión interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. contra Compañía Telefónica Andina S.A., la presente resolución.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con el voto favorable de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ordinario, Juan Carlos Mejía Cornejo, Manuel San Román Benavente y Jorge Fernández-Baca Llamosas.