



Gerencia de Relaciones Empresariales

Controversia entre BellSouth Perú S.A. y Nextel del Perú S.A. (Expediente N° 010- 2002)

Informe Instructivo

Informe 003-2003/ST

Lima, 24 de marzo de 2003.



INTRODUCCIÓN

La Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado encargado de resolver la controversia seguida por Bellsouth Perú S.A. (BELLSOUTH) contra NEXTEL del Perú S.A. (NEXTEL) (Expediente N° 010-2002), emite el presente informe en su calidad de órgano instructor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 80° del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL (el Reglamento de Controversias).

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1. Demandante:

BELLSOUTH (antes Tele 2000 S.A.) es una empresa privada constituida en el Perú que cuenta con concesión para prestar el servicio de telefonía móvil en todo el territorio nacional. Mediante Resolución N° 440-91-TC/15.17, Tele 2000 S.A. obtiene la concesión para prestar el servicio de telefonía móvil en Lima y Callao. Posteriormente, mediante Resolución N° 250-98-MTC/15.03 obtiene la concesión para prestar el servicio de telefonía móvil en provincias, a través de la banda B.

2. Demandado:

NEXTEL es una empresa constituida en el Perú con concesión para prestar el Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Troncalizado) en el departamento de Lima, en la Provincia Constitucional del Callao (Resoluciones N° 385-98-MTC/15.03 y 102-2000-MTC.15.03), y otros departamentos.

II. ANTECEDENTES:

- Con fecha 27 de agosto de 1999 NEXTEL y TELE 2000 S.A.(hoy BELLSOUTH) suscribieron un contrato de interconexión entre sus redes y servicios con la finalidad de que los abonados del servicio de telefonía móvil celular de BELLSOUTH puedan comunicarse con los abonados del servicio de troncalizado de NEXTEL y viceversa, y con fecha 17 de setiembre de 1999 el Primer Addendum a dicho contrato, siendo éstos aprobados por OSIPTEL mediante Resolución N° 068-99-GG/OSIPTEL (el Contrato de Interconexión).
- En el Contrato de Interconexión las partes acordaron la aplicación del sistema "Sender Keeps All" (SKA) para la liquidación del tráfico entre ambas redes.
- Con fecha 30 de abril de 2001, OSIPTEL emitió la Resolución de Gerencia General N° 051-2001-GG/OSIPTEL, mediante la cual se aprobó la modificación del contrato de interconexión suscrito entre NEXTEL y Telefónica Móviles S.A.C. (TELEFÓNICA MÓVILES) reemplazando el sistema SKA por uno de cargos de interconexión.

- Con fecha 14 de agosto de 2001 (según lo señalado por BELLSOUTH en su escrito de demanda) BELLSOUTH y NEXTEL se reúnen para iniciar negociaciones para modificar el sistema SKA y reemplazarlo por un sistema de cargos de interconexión, y a partir de tal fecha se cursan cartas a NEXTEL y al OSIPTEL a fin de lograr se elimine el sistema de SKA.

III. DEMANDA DE BELLSOUTH– PETITORIO:

Con fecha 23 de setiembre de 2002, BELLSOUTH interpuso ante OSIPTEL una demanda contra NEXTEL a fin de que:

- Se ordene a NEXTEL la adecuación del Contrato de Interconexión a las condiciones económicas que actualmente brinda a TELEFÓNICA MÓVILES, es decir, la eliminación del SKA y su reemplazo por un cargo de terminación, debiendo retrotraerse su vigencia al 12 de agosto de 2002.
- Se ordene a NEXTEL pagar a BELLSOUTH los montos devengados por el tráfico cursado entre sus redes, desde el 12 de agosto de 2002.¹
- Se sancione a NEXTEL por los incumplimientos a la normativa y al Contrato de Interconexión, según determine el Cuerpo Colegiado, con la máxima multa establecida, según lo dispuesto por el artículo 44° del Reglamento de Interconexión, aprobado por la Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL.
- Se ordene a NEXTEL pagar los intereses correspondientes que se generen desde la fecha en que tendría que pagarse los cargos a que se refiere la segunda pretensión principal, así como los costos y costas que se devenguen de la presente controversia.²

IV. POSICIONES DE LAS PARTES RESPECTO DE LA DEMANDA

1. Posición de BELLSOUTH:

BELLSOUTH fundamenta su demanda en virtud de los argumentos que se resumen a continuación:

- La solicitud de modificación realizada por BELLSOUTH con fecha 14 de agosto de 2001, se entiende enmarcada en lo dispuesto por el artículo 25° del Reglamento de Interconexión, así como por la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión.
- Los contratos de interconexión de acuerdo con nuestra legislación no son propiamente “contratos”, por cuanto en dichas relaciones no se encuentra presente la libertad de conclusión (debido a que

¹ El monto del petitorio hasta la fecha de la presentación de la demanda asciende a por lo menos US\$ 202,429.92, monto que incluye IGV, y al cual deberá sumarse los intereses correspondientes de acuerdo a lo dispuesto por los Acuerdos de Interconexión vigentes entre ambas empresas, reservándose el derecho a ampliarlo conforme se vaya acumulando el tráfico

la interconexión es obligatoria), y debido a que tampoco existe una absoluta "libertad de configuración", por cuanto una buena parte de su contenido tiene carácter obligatorio y debe ser observado incluso si se opone a la voluntad de una o ambas partes contratantes.

- Entre las disposiciones que las partes deben obligatoriamente observar, se encuentra la establecida en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión, el cual dispone que:

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

- Para que en el presente caso proceda la adecuación del contrato es necesario que se presenten las siguientes condiciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25° antes citado, y con la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión, que recoge lo dispuesto por dicho artículo:
 - (i) Existencia de un nuevo acuerdo con un tercer operador.
 - (ii) Condiciones Económicas más favorables con ese tercer operador.
 - (iii) La solicitud expresa de una de las partes para que el Contrato de Interconexión sea modificado de acuerdo a las condiciones que la parte le ha brindado al tercer operador.
- NEXTEL tiene celebrado con TELEFÓNICA MÓVILES un contrato de interconexión equivalente al que tiene con BELLSOUTH. Dado que el servicio que presta TELEFÓNICA MÓVILES es el mismo que el que presta BELLSOUTH, resulta innecesario abundar en este tema.
- El referido acuerdo entre TELEFÓNICA MÓVILES y BELLSOUTH en un inicio establecía el SKA, siendo éste reemplazado mediante acuerdo, por uno basado en cargos de acceso, habiendo OSIPTEL aprobado dicha modificación mediante Resolución N° 051-2001-GG/OSIPTEL publicada con fecha 30 de abril de 2001.
- De acuerdo con el artículo 25° del Reglamento de Interconexión, la adecuación se da cuando las condiciones económicas pactadas con otra empresa son más favorables a quién solicita la adecuación y no solo cuando los cargos de acceso son menores.
- El SKA se establece cuándo existe un intercambio simétrico de tráfico. En el presente caso, existe un tráfico mucho mayor

la ocupación en la red móvil por el tráfico de la red de NEXTEL no es compensada adecuadamente. En otras palabras, BELLSOUTH estaría subsidiando a NEXTEL.

Esta situación, distorsiona la competencia en el mercado y vulnera lo dispuesto en las normas de interconexión que obligan a que los cargos de acceso se orienten a costos. La distorsión es aún mayor en la medida en que, en una situación similar – interconexión NEXTEL – TELEFÓNICA MÓVILES – NEXTEL si asume el costo de las comunicaciones en su red y terminadas en la red de telefonía móvil de TELEFÓNICA MÓVILES.

- La interpretación según la cual el sistema de cargos es una condición más favorable que el SKA ha sido corroborada por OSIPTEL al aprobar la modificación al acuerdo de NEXTEL y TELEFÓNICA MÓVILES, puesto que el regulador no habría podido aprobarla si esta fuera una condición menos favorable, ya que ello constituiría una violación al principio de igualdad de acceso.
- BELLSOUTH ha solicitado por escrito en innumerables oportunidades la modificación del SKA, solicitudes que siempre implicaron una adecuación al contrato entre NEXTEL y TELEFÓNICA MÓVILES.
- La adecuación regulada por el artículo 25° del Reglamento de Interconexión es obligatoria, no está sujeta a la libre voluntad de las partes, y en consecuencia tampoco se sujeta al procedimiento establecido en el artículo 41° de dicho reglamento. La adecuación equivale a la ejecución de una obligación legal y contractual.
- En el caso de adecuación, aunque las partes pueden en un inicio negociar la condiciones en las que se realizará la adecuación, no pueden negarse a realizarla ni prolongarla más allá del plazo de sesenta (60) días establecido contractualmente. El hecho que no se pongan de acuerdo sobre los términos de la adecuación, no elimina la obligatoriedad de realizarla.
- En tal sentido, la negativa a realizar la adecuación no es una negociación fallida, sino un incumplimiento del contrato y una violación de la normativa vigente. Dicho incumplimiento se habría configurado una vez vencido el referido plazo sin que NEXTEL haya adecuado el contrato. Adicionalmente, al vencimiento de dicho plazo entran en vigencia las condiciones más favorables solicitadas.
- En el presente caso sin embargo, el referido plazo fue prorrogado tácitamente por acuerdo de las partes, hasta que BELLSOUTH decide poner fin a dicha prórroga y hacer exigible la adecuación a partir del 12 de agosto del 2002, fecha en la cual reitera la solicitud de modificación y adecuación y exige su aplicación inmediata.

- El hecho que BELLSOUTH no haya indicado en forma expresa que se trataba de una adecuación, haciendo mención únicamente al género al cual pertenecía, -esto es, una modificación- no puede servir como base para que NEXTEL se niegue a otorgársela, pues para dicha empresa era claro que la intención era que se igualase el Contrato de Interconexión, al celebrado entre NEXTEL y TELEFÓNICA MÓVILES.
- Incluso si se considera un error no haber señalado expresamente que se trataba de una adecuación, dicho error no podría afectar el derecho de BELLSOUTH.

2. Argumentos de NEXTEL:

NEXTEL contesta la demanda contradiciéndola en todos sus extremos por los argumentos que se resumen a continuación:

- Las negociaciones iniciadas por BELLSOUTH se realizaron bajo el entendimiento de que se trataba de una modificación contractual, y no de una solicitud de adecuación.

Esto se desprende de (i) la existencia del Contrato de Interconexión aprobado por OSIPTEL; y (ii) que BELLSOUTH señaló al iniciar las negociaciones que se trataba de una modificación al SKA.³

En tal sentido, y habiendo BELLSOUTH admitido haber cometido un "error" al calificar su solicitud a NEXTEL como una modificación y no como una adecuación, no podría sancionarse a NEXTEL por un "error" de BELLSOUTH (ello independientemente de la posición de NEXTEL relativa a que no existió tal error por no resultar aplicables en este caso las normas de adecuación de los contratos de interconexión).

- De acuerdo con el artículo 62° de la Constitución Política del Perú un contrato sólo puede modificarse mediante un acuerdo entre las partes – *pacta sunt servanda*. Sólo por excepción, en los contratos de naturaleza administrativa, los términos contractuales de derecho público pueden ser modificados por disposiciones emanadas de la autoridad competente, como es el caso de lo establecido en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión.
- Si bien los contratos de interconexión contienen cláusulas que por pertenecer a la esfera del derecho público pueden ser modificadas por disposiciones del regulador, siendo por tanto éstas una excepción a la cláusula *pacta sunt servanda* recogida en nuestra Constitución, existen otras cláusulas que por pertenecer al campo de lo privado sólo pueden ser modificadas por acuerdo

³ Tal como consta de la carta de BELLSOUTH C.018-2002/AR-VPL recibida en las oficinas de NEXTEL con fecha 4 de enero de 2002, así como de la carta C.298-2002/AR/VPL, de fecha 30 de

entre las partes, como son aquellas vinculadas a la modalidad del sistema de liquidación a emplearse.

- Lo antes mencionado se ve corroborado por el hecho de que el Contrato de Interconexión fue revisado y aprobado por OSIPTEL sin expresar ninguna objeción respecto del sistema de liquidaciones acordado entre las partes; y posteriormente, pese a las solicitudes de BELLSOUTH para que el regulador modifique dicho sistema, éste optó por no regular el tema, lo cual demuestra que OSIPTEL no sólo ha considerado que el sistema es válido, sino que además entiende que se trata de un término contractual ajeno al derecho público, y que por lo tanto su modificación debe ser realizada por acuerdo entre las partes.
- En el Contrato de Interconexión se recoge lo dispuesto por el artículo 25° del Reglamento de Interconexión en su cláusula decimoquinta, según la cual las condiciones económicas del Contrato de Interconexión se adecuarán cuando una de las partes celebre con un tercer operador un contrato de interconexión equivalente que contemple condiciones económicas más favorables que las acordadas en éste.
- Antes de analizar si en el presente supuesto procede la adecuación, debe precisarse que, desde el punto de vista regulatorio, la diferencia entre adecuación y modificación radica en que la adecuación emana no de un acuerdo entre las partes, sino del imperio de la ley.

La razón de dicha diferenciación radica en que el propio regulador considera que existen términos contractuales de derecho público, como lo son justamente los contenidos en la cláusula antes citada, y otros de derecho privado, que son materia de negociación entre las partes, y que por lo tanto, deben de negociarse de conformidad con lo establecido en la cláusula decimoséptima del Contrato de Interconexión, que establece que:

“Ninguna variación, modificación o renuncia a cualquiera de las disposiciones de este contrato tendrá fuerza o efecto de ninguna índole a menos que se encuentre en un documento firmado por cada uno de los representantes de los operadores de ambas partes (...)”

- En tal sentido, para poder determinar si procede o no la adecuación en la cláusula decimoquinta y/o artículo 25° del Reglamento de Interconexión, tal como de manera equivocada plantea BELLSOUTH, debe señalarse cuáles son los requisitos para que dicha cláusula sea activada. Dichos requisitos son los siguientes:
 - Lo que se pretenda adecuar debe ser una condición económica o un cargo de acceso del contrato de

- Una de las partes del Contrato de Interconexión debe haber acordado con un tercer operador equivalente un contrato de interconexión posterior y haber pactado en éste condiciones económicas o cargos de acceso más favorables que las establecidas en el primer contrato de interconexión.
- En el presente caso no se cumplen los requisitos antes señalados, por las siguientes razones:
 - El sistema de liquidaciones SKA no constituye ni un cargo de acceso ni una condición económica⁴, simplemente es un sistema de liquidaciones⁵, que permite a las partes quedarse con el íntegro de la tarifa cobrada al usuario, y no incurrir en costos de transacción vinculados a los otros sistemas de liquidación que existen.
 - Si fuera una condición económica, para activarse la cláusula de adecuación sería necesario que NEXTEL hubiese otorgado una condición más favorable a otro operador equivalente.
- BELLSOUTH señala que NEXTEL habría otorgado una condición más favorable a TELEFÓNICA MÓVILES, al celebrar un acuerdo con dicha empresa reemplazando el SKA por cargos de interconexión.

Sin embargo, si el SKA fuese una condición económica se tendrían que comparar dos conceptos completamente distintos, siendo la comparación sumamente arbitraria, y en consecuencia jurídicamente imposible.

V. RECONVENCIÓN DE NEXTEL - PETITORIO:

NEXTEL al contestar la demanda reconviene solicitando al Cuerpo Colegiado, como pretensión principal que se declare que BELLSOUTH no puede utilizar su red de telefonía móvil, que es la red que se encuentra interconectada con NEXTEL, como red portadora con fines de brindar el servicio de transporte conmutado local, por contravenir la legislación vigente.

Como consecuencia de la pretensión antes citada, solicita que:

- Se ordene a BELLSOUTH abstenerse de seguir cursando tráfico proveniente de terceras redes a través de la interconexión que mantiene con NEXTEL, en virtud del Contrato de Interconexión, por tratarse de una red móvil y no de una red portadora.
- Se ordene a BELLSOUTH pagar por la terminación de llamadas de

⁴ Los cargos, tal como los define el artículo 14º del Reglamento de Interconexión son los costos incurridos en brindar la instalación para la interconexión y que son directamente atribuibles a la misma, y las condiciones económicas, si bien no se encuentra definidas, entienden que están referidas a los demás costos vinculados con la interconexión.

terceros operadores que indebidamente, y a través de su red de telefonía móvil, han sido cursadas y entregadas a NEXTEL desde agosto de 2001 hasta la fecha, para lo cual se utilizará el cargo que el regulador ha fijado en la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTel (US\$ 0,2053 por minuto tasado al segundo, sin incluir IGV) mediante la cual se fijó el cargo de terminación en redes móviles por llamadas provenientes de larga distancia, en virtud de lo establecido en el numeral 48 de los Lineamientos de Política de Apertura de las Telecomunicaciones del Perú, aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC (los Lineamientos de Apertura).⁶

- Se sancione a BELLSOUTH por la comisión de infracciones a la leal competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 26° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTel – Ley 27336- y con el artículo 24° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal– Ley 26122 (Ley de Competencia Desleal).
- Se sancione a BELLSOUTH por el incumplimiento del Contrato de Interconexión, con la máxima multa establecida según lo dispuesto por el artículo 44° del Reglamento de Interconexión.
- Se ordene a BELLSOUTH a pagar los intereses devengados por las llamadas a que se refiere el literal b) del párrafo precedente, así como las costas y costos que se devenguen de la presente reconvencción.

VI. POSICIONES DE LAS PARTES:

1. Argumentos de NEXTEL:

- En agosto de 2001, y en vista de que algunos usuarios presentaron ciertos reclamos debido a que no podían identificar a las personas que los llamaban⁷, a través de la red del servicio de comunicaciones personales (PCS) dado que siempre aparecía un mismo número (920-3710), NEXTEL pudo comprobar que estaba siendo víctima de una práctica anticompetitiva denominada arbitraje o desvío de tráfico; práctica que tiene por objeto evadir el pago de cargos de interconexión.
- NEXTEL pudo comprobar que las referidas llamadas estaban siendo cursadas de manera ilegal a través de la red móvil de BELLSOUTH, tal como consta del acta notarial certificada por el señor Notario Jorge Orihuela Iberico, de fecha 31 de agosto de 2001; de la información obtenida del registro de llamadas del equipo analizador de llamadas Inet Spectra de NEXTEL, el cual ha podido identificar que en un periodo de una hora existen llamadas

⁶ El monto del petitorio hasta la presentación de la reconvencción asciende a US\$141,803.00, sin incluir IGV, reservándose dicha empresa el derecho de ampliar el monto conforme se vayan acumulando el tráfico que por terceras redes se cursen a través de la red móvil de BELLSOUTH.

⁷ Debido a que no existe otra operadora que preste el servicio de comunicaciones personales

entrantes que provienen de forma casi simultánea del número 920-3710 de BELLSOUTH, y no del número que originó la llamada; y de los distintos reportes de tráfico realizados a partir del 31 de agosto de 2001, en los cuales se puede observar cómo ha disminuido el tráfico proveniente TIM Perú S.A.C. (TIM) y se ha incrementado el tráfico proveniente del número antes mencionado.

- De lo antes mencionado se puede concluir que TIM, en lugar de cursar su tráfico a través de la interconexión indirecta que tiene con NEXTEL, estaría cursando parte de su tráfico a través de la red móvil de BELLSOUTH.
- Esta práctica tiene como único propósito causar un serio perjuicio a NEXTEL.
- BELLSOUTH estaría aprovechando indebidamente el SKA a fin de cursar tráfico de otras redes, para lo cual estaría usando su red de telefonía móvil celular como red portadora en contravención con lo dispuesto en el artículo 5° de las Normas Complementarias de Interconexión, aprobadas por Resolución N° 014-99-CD/OSIPTEL (Normas Complementarias).
- BELLSOUTH ha reconocido lo antes mencionado a fin de persuadir a NEXTEL para que modifique el sistema de liquidación SKA a cambio de no continuar con dicha práctica, tal como se desprende de la comunicación N° 298-2002/AR-VPL, del 30 de mayo de 2002.
- Los actos descritos anteriormente constituyen actos contrarios a la buena fe comercial y a las normas de corrección que deben imperar en los mercados, y por lo tanto son actos sancionados por la Ley de Competencia Desleal, en virtud de los siguientes fundamentos:
 - En virtud de la Ley de Competencia Desleal, y de los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial aprobados mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI (los Lineamientos de Competencia Desleal), para que se configure un acto de competencia desleal es necesario, en primer lugar, que exista una relación de competencia entre la empresa que resulta afectada por los referidos actos y la empresa denunciada por la comisión de los mismos.

En el presente caso resulta evidente la relación de competencia que existe entre NEXTEL y BELLSOUTH, toda vez que éstas actúan y compiten en un mismo mercado que es el mercado de servicios móviles. Esta relación de competencia ha sido reconocida por OSIPTEL en la Resolución N° 029-99-CD/OSIPTEL.

- Asimismo, para que un acto de competencia desleal se configure no es necesario que éste se encuentre tipificado expresamente en la Ley de Competencia Desleal, basta que se enmarque dentro de la cláusula general contenida en el artículo 6° de la referida ley.⁸
- BELLSOUTH estaría violando los principios contenidos en la cláusula general, toda vez que valiéndose de un engaño, que se traduce en disfrazar las llamadas cursadas por la empresa operadora del servicio PCS como si fueran llamadas de BELLSOUTH “pintándolas” con el número de BELLSOUTH 920-3710, evitando que NEXTEL reciba los cargos de terminación que TIM y otras empresas deben pagarle en virtud de los acuerdos de interconexión que tienen celebrados, y presumiblemente viene percibiendo una contribución o compensación que no le corresponde por esta práctica, lo cual deberá ser materia de investigación por parte del Cuerpo Colegiado.
- Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley de Competencia Desleal, resulta evidente el ilícito daño que se causa a NEXTEL por la comisión de los actos descritos, el cual se traduce en la disminución de ingresos a NEXTEL por concepto de cargos de interconexión, lo cual puede llevar a dicha empresa a subir sus tarifas a fin de compensar las pérdidas y/o no invertir en su red, degradando así la calidad del servicio.

En virtud de lo antes expuesto, corresponde sancionar a BELLSOUTH con una multa ascendente a 100 UIT de conformidad con lo establecido en el artículo 24° de la Ley de Competencia Desleal, así como la aplicación de las medidas correctivas correspondientes.

- BELLSOUTH está incumpliendo con la normativa relativa a la interconexión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44° del Reglamento de Interconexión, al no respetar lo dispuesto en el artículo 5° de las Normas Complementarias⁹, según el cual: “(...) el transporte conmutado local, denominado también tránsito local, es el conjunto de medios de transmisión y conmutación de un portador local que enlazan las redes de distintos operadores o de un mismo operador concesionario en una misma área local.”, por estar proveyendo el servicio de transporte conmutado a TIM y otras, a través de su red móvil celular y no a través de un portador local, como lo exige la regulación.

⁸ Artículo 6°.- “Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, al normal desenvolvimiento de actividades económicas

Por lo antes expuesto, BELLSOUTH debe ser sancionada con la imposición de una sanción grave, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Reglamento de Interconexión.

- Adicionalmente, BELLSOUTH estaría incumpliendo con las obligaciones a las cuales se comprometió al celebrar el Contrato de Interconexión, por lo que también debería ser sancionada de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de Interconexión, debido a que el referido contrato establece que:

Cláusula Tercera: La interconexión se celebra con la finalidad de que los abonados del servicio público de telefonía móvil celular de Tele 2000 S.A. puedan comunicarse con los abonados del teleservicio público de canales múltiples de selección automática (troncalizado) de Nextel.

Cláusula Octava: Las partes tampoco podrán ceder a terceros ningún derecho ni obligación del presente contrato.

Anexo II.- Condiciones Económicas Numeral 1: Las llamadas originadas en la red de una de las partes y terminadas en la red de la otra serán tratadas bajo el sistema SKA mediante el cual cada operador percibirá y mantendrá el íntegro de la tarifa cobrada a sus propios usuarios.

- Tal como se desprende de los párrafos anteriores, cuando BELLSOUTH y NEXTEL celebraron el contrato de interconexión lo hicieron con la finalidad que los abonados de ambas redes, y sólo ellos, pudieran comunicarse a través de dicha interconexión, salvo que se acordara con terceras redes una interconexión indirecta conforme a la regulación.

2. Argumentos de BELLSOUTH:

- La prestación del servicio de transporte local conmutado es obligatorio:
 - La actividad mediante la cual BELLSOUTH habría cometido una infracción sería aquella consistente en el encaminamiento a través de sus medios de transmisión de comunicaciones provenientes de usuarios de una tercera red para que terminen en usuarios del servicio de troncalizado de NEXTEL.
 - Dicha actividad posibilita la interconexión indirecta, que es una forma lícita de interconexión y regulada, que además se

realiza en cumplimiento de una ineludible obligación legal, cuyo incumplimiento es pasible de ser sancionado.¹⁰

- En tal sentido, BELLSOUTH no tiene posibilidad alguna de negarse a transmitir cualquier comunicación que algún otro operador le entregue con destino a la red de NEXTEL, pues ello constituiría una infracción muy grave.
- BELLSOUTH es un concesionario del servicio portador local y como tal se encuentra facultado a prestar el servicio de transporte conmutado a otros operadores.
- Adicionalmente, en el Contrato de Interconexión suscrito entre BELLSOUTH y TIM el 7 de diciembre de 2000, debidamente aprobado por la Gerencia General de OSIPTEL mediante Resolución N° 052-GG-2001/OSIPTEL, específicamente se indica en el acápite f) del numeral 3.2 de la Cláusula Tercera (Objeto del Contrato) que la interconexión se celebra con la finalidad de que:

*“(...) los abonados y/o usuarios del Servicio Público de Comunicaciones Personas (PCS) de TIM **puedan efectuar y/o recibir comunicaciones locales y/o de larga distancia nacional e internacional a/de otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, a través del servicio de transporte conmutado (tránsito) de BellSouth.**”*

- Las operadoras de servicios móviles también pueden prestar servicios de transporte conmutado. Esto debido a que no existe norma alguna que establezca que únicamente los concesionarios del servicio portador. Es más, los operadores de servicios móviles pueden instalar como parte de sus redes sistemas portadores, encontrándose facultados a prestar estos servicios a terceros cuando también cuenten con la concesión de portador.
- No existe disposición legal ni contractual alguna que prohíba a BELLSOUTH a prestar el servicio de transporte conmutado a terceros operadores como TIM, ni norma que tipifique como infracción tal conducta.
- Los hechos materia de denuncia por parte de NEXTEL ya fueron materia de investigación por parte de OSIPTEL, sin que haya emitido una sanción hasta la fecha o haya prohibido dicha conducta, no obstante haber transcurrido más de un año desde el inicio de las investigaciones. Este hecho, permite entender que para OSIPTEL esta conducta es perfectamente lícita y legítima.
- Las cláusulas del Contrato de Interconexión citados por NEXTEL no contienen disposición alguna que prohíba que se preste el tránsito conmutado local a terceros. Es más dicha disposición no podría

¹⁰ Ver resolución N° 033-CCO-2000 en la cual se sanciona a Telefónica del Perú S.A.A. por

prohibir tal actividad, pues ello constituiría una infracción a la Resolución N° 014-99-CD/OSIPTEL, y de ser así no habría sido aprobado por OSIPTEL.

- No es cierto como lo señala NEXTEL que BELLSOUTH el transporte local brindado a TIM esté generando un beneficio para BELLSOUTH, puesto que en estricta aplicación de las normas que regulan el transporte conmutado local, únicamente se percibe de TIM los montos que sirven de pago de los medios de transmisión que permiten nuestros enlaces con NEXTEL, estos conceptos, no son retenidos por BELLSOUTH sino que se pagan a TELEFÓNICA.
- Es perfectamente legítimo que TIM elija el camino más barato para terminar sus llamadas en NEXTEL.
- El costo de terminar las llamadas de TIM en la red de NEXTEL dependerá del cargo de terminación que dichas empresas acuerden, y en su defecto se aplica el acordado entre BELLSOUTH y NEXTEL, tal como se ha reconocido expresamente en la Resolución N° 033-CCO-2000 en la controversia seguida por TELEANDINA contra TELEFÓNICA. En este caso, el cargo es igual a cero debido a que se aplica el SKA.
- La única causa por la que NEXTEL estaría supuestamente perdiendo o dejando de percibir un monto por la terminación de llamadas provenientes del operador PCS es precisamente su propia conducta al negarse a adecuar el contrato con BELLSOUTH eliminando el SKA.
- Quien realmente está perdiendo en la relación BELLSOUTH-NEXTEL, es la primera, pues estaría dejando de percibir diez veces más que la supuesta pérdida de NEXTEL por la terminación de llamadas de TIM.
- El cumplimiento de las normas de interconexión no constituye una práctica desleal.
- La práctica que según NEXTEL constituiría una infracción a las normas de competencia desleal, en realidad constituiría una competencia prohibida, por lo que la reconvención debe declararse improcedente e infundada.
- En el caso materia de la reconvención el mercado bajo análisis no es el servicio de telefonía móvil, sino el mercado del servicio de transporte de llamadas hacia NEXTEL, mercado en el cual dicha empresa y BELLSOUTH no compiten, motivo por el cual no se cumpliría con uno de los requisitos para que se configure una conducta como competencia desleal.
- El principal afectado por el acto de competencia desleal consistente en no recibir cargos de terminación sería BELLSOUTH

no ha percibido por la conducta de NEXTEL supera largamente el monto que NEXTEL habría dejado de percibir por la terminación de llamadas de TIM en su red.

VII. ANÁLISIS DE LA DEMANDA:

1. Derecho de Adecuación: Aplicación del artículo 25° del Reglamento de Interconexión y de la cláusula decimoquinta de Contrato de Interconexión.

A fin de determinar si NEXTEL ha incurrido en la infracción imputada por BELLSOUTH, debe analizarse en primer lugar si dicha empresa tenía derecho o no a acogerse al cargo de terminación en la red de NEXTEL pactado entre dicha empresa y TELEFÓNICA.

Al respecto, el Reglamento de Interconexión señala en su artículo 7° que *“Los contratos de interconexión deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia. Su ejecución debe realizarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes.”*¹¹

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

El citado principio se encuentra recogido también en el primer párrafo del artículo 108° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 006-94-TCC (el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), el cual establece que *“La interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones debe realizarse de acuerdo con el principio de igualdad de acceso, en virtud del cual los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectarse, acordando aspectos técnicos, económicos, tarifarios, de mercado de servicios y otros, en condiciones de igualdad para todo operador de servicios de la misma naturaleza que lo solicite.”*

Las normas citadas establecen la obligación de las empresas de servicios públicos de telecomunicaciones de interconectarse en igualdad de condiciones y el consecuente derecho de las demás operadoras de acogerse a las condiciones técnicas, económicas y legales que su contraparte, en una relación de interconexión, otorgue a otra empresa, siempre que se trate de interconexiones equivalentes.

¹¹ Los principios de neutralidad y no discriminación definidos en los artículos 8° y 9° del Reglamento de Interconexión, están referidos a la obligación de los concesionarios de un servicio que es soporte de otros servicios o que tiene posición de dominio, a no utilizar dicha posición para prestar un servicio en condiciones de mayor ventaja o en detrimento de sus

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

Es decir, establece la obligación de incluir en los contratos de interconexión un mecanismo que garantice la adecuación de éstos a las condiciones económicas más favorables que una de las partes en una relación de interconexión le otorgue a una tercera empresa.

En virtud al referido artículo las partes pactaron en la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión que:

" (...)En consecuencia, y de acuerdo a lo establecido por el artículo 25° del Reglamento de Interconexión, las condiciones económicas del presente contrato se adecuarán cuando una de las partes celebre con un tercer operador un contrato de interconexión equivalente que contemple condiciones económicas más favorables que los acordados en el presente documento. La parte que pretenda la adecuación de las condiciones económicas de este contrato deberá solicitar y conceder a la otra parte un plazo razonable no mayor de 60 días para la correspondiente adaptación."

En tal sentido, en cumplimiento de los principios que rigen la interconexión – entre ellos el principio de igualdad de acceso -, de lo establecido en artículo 25° del Reglamento de Interconexión, y de lo acordado por las partes en el Contrato de Interconexión, cualquiera de ellas tiene el derecho a la adecuación de su contrato a las condiciones económicas que ésta hubiera pactado con otra empresa, para lo cual basta que:

- a. Las interconexiones sean equivalentes, y que
- b. una de las partes haya pactado una condición económica más favorable con una tercera empresa.

En el presente caso, resulta evidente que las relaciones de interconexión entre la red de telefonía móvil de BELLSOUTH y la red del servicio troncalizado de NEXTEL, y entre la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES y la red del servicio troncalizado de NEXTEL resultan equivalentes, motivo por el cual no corresponde ahondar mas en este punto.

Con respecto al segundo punto, NEXTEL sostiene que el SKA no es una condición económica, que en consecuencia es una cláusula de

Reglamento de Interconexión y lo acordado en el cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión, no resulta aplicable. Adicionalmente sostiene que aún cuando fuera una condición económica, es jurídicamente imposible determinar si el sistema de cargos pactado con TELEFÓNICA MÓVILES es más beneficioso que el SKA, motivo por el cual no podría aplicarse el artículo y la cláusula citada.

En tal sentido, y habiéndose planteado dichos cuestionamientos, se procede a analizarlos en detalle:

a. El SKA es un sistema de liquidación y no una condición económica.

Sobre el particular, es necesario precisar que el SKA es un sistema que permite a las partes no pagarse cargos de interconexión entre sí. En lugar de dicha obligación, las partes acuerdan que cada una se quedará con el íntegro de la tarifa que pague su usuario.

El mencionado sistema, tal como la propia NEXTEL lo señala "(...)generalmente se acuerda cuando existen redes de tamaño equivalente.", y en consecuencia – como lo indica BELLSOUTH- existe un intercambio simétrico de tráfico; siendo el objetivo del SKA el eliminar los costos de transacción que existen en otros sistemas de liquidaciones.¹²

En otras palabras, el SKA se acuerda cuando las partes de la relación de interconexión consideran que los tráficos que terminan en sus redes serán equivalentes, de manera tal que los montos a pagar que resulten de la compensación de cargos no justifican incurrir en los gastos que implica entrar en un procedimiento de conciliación de minutos, liquidación del tráfico, facturación y pago. Es decir, se establece el SKA cuando a las empresas les resulta más económico renunciar a la diferencia que luego de la compensación de cargos les correspondería, que entrar al proceso de conciliación, liquidación etc, antes mencionado.

De lo expuesto, se desprende claramente que el sistema SKA no es simplemente un sistema de liquidación como lo plantea NEXTEL¹³, sino que es un acuerdo netamente económico relacionado directamente con los cargos de interconexión, puesto que sustituye el establecimiento y pago de éstos.

Por lo tanto, NEXTEL fundamenta su posición en virtud de una premisa errada, motivo por el cual las conclusiones a las que dicha

¹² Es así que NEXTEL señala que en el caso particular de la relación entre su empresa y BELLSOUTH se acordó debido a que "(...)ambas partes consideraron que este sistema de liquidaciones era el mas apropiado por la disminución en costos de transacción que originaría." (Escrito de contestación de demanda y reconvención, página 8).

empresa llega respecto de la no aplicación de las normas de adecuación están igualmente erradas.¹⁴

Es así que, al ser el SKA una condición económica, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la cláusula décimoquinta del Contrato de Interconexión y de las normas sobre adecuación.

b. Aún en el caso en que el SKA fuera una condición económica, no procede la adecuación.

Al respecto, NEXTEL señala lo siguiente:

*"(...) ¿cómo podría comparar el Sistema Sender Keeps All, donde no existen cargos de terminación, con el cargo de terminación ascendente a US\$0.207 que Nextel tiene acordado con Telefónica Móviles S.A.C.? La comparación **sería sumamente arbitraria** ya que como en un sistema Sender Keeps All las partes no se pagan cargos de terminación entre sí, se tendría que establecer algún valor arbitrario. Así algunos decidirían que éste podría ser US\$0.0000001; o de US\$ 0.10; o quizás de US\$ 0.207; o a lo mejor de US\$0.30, etc, para en uno o en otro caso establecer, dependiendo del valor escogido, si sería procedente o no la adecuación.*

*De ahí que sea **jurídicamente imposible** determinar si las condiciones económicas que Nextel tiene celebradas con Telefónica Móviles S.A.C, en la cual se ha acordado un cargo de terminación de US\$0.207 tasado al segundo, sea más o menos favorable que el sistema de liquidaciones que Nextel tiene acordado con BellSouth, justamente por tratarse de **conceptos que no resultan comparables entre sí.***

*En atención a lo anterior, y como ha quedado evidenciado, **la adecuación a que se refiere la cláusula***

¹⁴ Como se ha mencionado anteriormente, NEXTEL concluye que no procede la adecuación por no tratarse el SKA de una condición económica. Es así que dicha empresa señala lo siguiente: "En tal sentido, para poder determinar si procede o no la adecuación establecida en la cláusula décimoquinta y/o el artículo 25° del Reglamento de Interconexión, tal como de manera equivocada plantea BellSouth, debemos señalar cuáles son los requisitos para que dicha cláusula sea activada. Dichos requisitos son los siguientes:

a) Lo que pretende adecuar debe ser una condición económica o un cargo de acceso del contrato de interconexión; (...)

Al respecto debemos señalar, tal como lo demostraremos a continuación, que los requisitos señalados por la cláusula de adecuación no se dan en el presente caso, tal como reiteradamente se los hemos saber a BellSouth como fluye de las comunicaciones Nos. GL-736/02 y 473-2002-AR/VPL que obran en el expediente.

En efecto, **el sistema de liquidaciones Sender Keeps All no constituye ni un cargo de acceso ni una condición económica.**" (Página 8 del escrito de contestación de demanda y reconvencción, el resaltado ha sido agregado).

"En tal sentido, **al no constituir el sistema de liquidaciones Sender Keeps All ni un cargo de acceso ni una condición económica, la cláusula décimoquinta no resultaría aplicable, al no**

decimoquinta no sería de aplicación por no encontrarse dentro de los supuestos allí contemplados, ni dentro de aquellos a que se refiere el artículo 25 del Reglamento de Interconexión. Por el contrario, se trata de una modificación contractual a que se refiere la cláusula decimoséptima, que dependerá de la voluntad de las partes." ¹⁵ (Resaltado agregado).

Es decir, en opinión de dicha empresa no procede la adecuación debido a que resulta jurídicamente imposible determinar si la condición invocada es más favorable que el SKA, por cuanto tendrían que compararse dos conceptos diferentes y en consecuencia el resultado no sólo no sería evidente, sino que además sería arbitrario.

Sobre el particular corresponde señalar lo siguiente:

- De acuerdo con la normativa vigente las condiciones económicas pueden expresarse en función a diferentes unidades de medida (como se establece para el caso de los cargos de interconexión¹⁶), o estar en función a diferentes conceptos (como expresamente se prevé para los descuentos y promociones¹⁷). Por tal motivo, las condiciones económicas pactadas con diferentes empresas no necesariamente estarán referidas a los mismos valores.
- Las normas que regulan la adecuación de los contratos de interconexión, no restringen el derecho de acogerse a las condiciones otorgadas por una empresa a otra, a los supuestos en los cuales las condiciones a comparar estén expresadas en función de las mismas unidades de medida o referidas a los mismos conceptos.

En tal sentido, y tomando en consideración que no cabe diferenciar donde la norma no lo hace, dichas normas se aplican a ambos supuestos. ¹⁸

¹⁵ Escrito de contestación de demanda y reconvención, página 10.

¹⁶ Artículo 21° del Reglamento de Interconexión: "Son modalidades de carga de acceso, las siguientes:

a) Por tiempo de ocupación de las comunicaciones debidamente completadas y/o volumen de información.

b) Cargos fijos periódicos.

Se podrá adoptar un modalidad distinta de las precedentemente indicadas. El operador que solicite tal modalidad deberá demostrar que ésta es más eficiente que las señaladas anteriormente.

¹⁷ Artículo 23° del Reglamento de Interconexión: "Los operadores de las redes o servicios a interconectarse pueden acordar otorgarse descuentos a los cargos de acceso, por volumen de tráfico o por horarios en que éste se cursa. En cualquier caso, tales acuerdos respetarán el principio de no discriminación.

¹⁸ Es decir, tanto a los supuestos en los cuales las condiciones a comparar estén referidas a las

- El que las condiciones económicas a comparar estén expresadas en función a diferentes unidades de medida o referidas a diferentes conceptos no hace imposible determinar cual de ellas resulta más favorable para una empresa.

Es más, en el caso materia de la presente controversia, la propia NEXTEL ha comparado los dos sistemas y, no obstante no estar expresados en la misma unidad de medida, ha podido determinar que el SKA le resulta más favorable que el sistema de cargos de interconexión propuesto por BELLSOUTH, tal como se desprende de la carta GL-715/02 de fecha 8 de agosto de 2002 remitida por NEXTEL a BELLSOUTH.¹⁹

En efecto, en dicha comunicación NEXTEL sostiene que luego de realizado el análisis financiero correspondiente se ha determinado que establecer un cargo de interconexión como el que propone BELLSOUTH llevaría a NEXTEL a elevar sus tarifas. Esto es, de acuerdo con NEXTEL dicho sistema es económicamente menos favorable para dicha empresa que el SKA.

- La calidad de más favorable se mide en función de los intereses de la empresa que invoca el referido derecho, en este caso, BELLSOUTH. Esto se debe a que el acogerse a la condición otorgada por una empresa operadora a otra, es un derecho de la empresa que pretende la interconexión o que se encuentra interconectada con ésta; siendo el correlato de éste la obligación de las empresas de interconectarse en **condiciones de equivalencia**.
- La condición invocada por BELLSOUTH si le resulta más favorable que el SKA.

Tal como se ha mencionado anteriormente el SKA es un sistema que se pacta cuando el tráfico cursado entre las redes involucradas sea simétrico. Es únicamente en este contexto, en el cual dicho sistema opera eficientemente y resulta favorable para ambas partes. Por el contrario, en un contexto de tráficos asimétricos, sólo una empresa - la que genere más tráfico - se beneficiará con el sistema a costa de la otra.

¹⁹ En dicha carta de fecha 8 de agosto de 2002 NEXTEL señala lo siguiente:

"Sin embargo, **el análisis financiero** realizado por Nextel **ha tenido como resultado que el cargo propuesto por BellSouth** ascendente a US\$0.25, tasado al segundo, **no nos resulta viable** por los siguientes argumentos:

a) Como es de su conocimiento, y a pesar de que la red de Nextel es más pequeña que las otras redes móviles, el tráfico saliente de su red con destino a las otras redes móviles es mayor que el tráfico entrante de dichas redes. Ello, tal como se lo explicamos, obedece al hecho que los clientes de Nextel pertenecen en su mayoría al sector corporativo. En tal sentido, establecer un cargo terminación en redes móviles como el que ustedes proponen **obligaría a Nextel a elevar sus tarifas**, lo cual es incompatible con nuestra política.

(...)

3. En tal sentido, Nextel es de la posición de mantener el sistema "Sender Keeps All"(...)"

En el presente caso sin embargo, la propia NEXTEL, en la comunicación antes citada, ha reconocido la existencia de un tráfico asimétrico entre su red y la de las demás operadoras móviles, entre las que se encuentra BELLSOUTH, a favor de su empresa. Esto beneficia a NEXTEL y perjudica a BELLSOUTH, generando que, respecto a esta última, sea mas conveniente un sistema de pago de cargos de interconexión que el SKA.

- No obstante haberse acreditado que la condición invocada por BELLSOUTH le resulta más beneficiosa que el SKA, corresponde precisar que la obligación de las empresas operadoras de otorgar a las demás empresas que se lo soliciten, las mismas condiciones que le otorgan a una tercera empresa, no está sujeta a que se acredite que la condición invocada sea efectivamente más favorable para la empresa que solicita la adecuación.²⁰

Esto se debe a que, de acuerdo con el principio de igualdad de acceso, las empresas están obligadas a interconectar sus redes en condiciones **equivalentes** con todos los operadores que lo soliciten, por lo que basta que una empresa otorgue una condición a una empresa para se genere la obligación de otorgar **la misma condición** a las demás empresas que encontrándose en una situación de equivalencia, lo soliciten.

En consecuencia, al liquidar NEXTEL con TELEFÓNICA MÓVILES en virtud a un sistema de cargos de interconexión en lugar de la aplicación del SKA, se encuentra obligada a conceder este mismo sistema, con el mismo cargo de interconexión a cualquier empresa que se lo solicite – en este caso BELLSOUTH-, sin que dicha obligación se encuentre sujeta a que la condición invocada sea o no más favorable a la empresa que la invoca.

Siendo ésta la situación, cualquier discusión respecto a si la condición es o no más favorable, o la falta de acuerdo entre las partes respecto de este punto es irrelevante, no afectando ni a la obligación de una parte ni al derecho de la otra.

En tal sentido, de lo antes expuesto se desprende que BELLSOUTH si tiene derecho a que su contrato se adecue sustituyéndose el SKA por el sistema de cargos de interconexión que NEXTEL otorga a TELEFÓNICA MÓVILES, no estando facultado NEXTEL a negar dicha adecuación.

²⁰ Debe tomarse en consideración además que es esta empresa quien está en mejores condiciones para determinar que condición le favorece más, y que resulta sumamente

2. Ejercicio del Derecho de Adecuación:

Habiendo concluido que en el presente caso BELLSOUTH tiene derecho a la adecuación del SKA pactado en su contrato por el sistema de cargos de interconexión establecido entre NEXEL y TELEFÓNICA, encontrándose NEXTEL en la obligación de otorgar dicha condición a BELLSOUTH, corresponde determinar los pasos a seguirse para el ejercicio de dicho derecho.

Como se ha mencionado, de acuerdo con el principio de igualdad de acceso las empresas están obligadas a otorgar a las demás las mismas condiciones jurídicas, técnicas y económicas de interconexión que brinden a otras empresas en relaciones de interconexión equivalentes.

Como regla general, a efectos de ejercer dicho derecho las empresas interesadas deben solicitar que se les otorgue la condición brindada a la tercera empresa, para lo cual debe seguirse el mecanismo establecido en la normativa vigente para el establecimiento de las relaciones de interconexión, o para la modificación de los contratos o mandatos, según corresponda.²¹

Sin embargo, tratándose de condiciones económicas, el artículo 25º del Reglamento de Interconexión, establece la obligación de las partes de acordar un mecanismo diferente para el cumplimiento de dicha obligación, y la consecuente adecuación de las condiciones económicas correspondientes. En otras palabras, establece el deber de las partes de acordar anticipadamente la modificación de las condiciones económicas de su contrato de interconexión, ante la comisión de un determinado evento: que una de las partes acuerde con una tercera empresa, en una relación equivalente, una condición económica más favorable que la establecida en el contrato de interconexión, y que la otra parte solicite la adecuación.

En cumplimiento de dicha obligación, las partes acordaron en la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión que, ante la verificación del mencionado evento, la adecuación se produciría en un plazo que no excedería de sesenta (60) días. Este plazo, tal como se señaló en el contrato, no es un plazo para llegar a un acuerdo respecto de la adecuación o no del mismo, sino que para la adaptación correspondiente a efectos de la aplicación de la nueva condición²². En tal sentido, vencido dicho plazo el Contrato de Interconexión quedaría adecuado.

²¹ Es decir, la empresa debe solicitar se le otorgue la condición en cuestión, con lo que se inicia un periodo de negociación entre las partes. Si vencido el plazo establecido en la normativa vigente las partes no han llegado a un acuerdo válido, pueden solicitar a OSIPTEL la emisión de un mandato.

²² Cláusula decimoquinta, última oración: "La parte que pretenda la adecuación de las

3. Fecha de Adecuación del Contrato de Interconexión:

De las pruebas presentadas por BELLSOUTH se tiene que con fecha 4 de enero de 2002 dicha empresa remitió la Carta C.018-2002/AR-VPL a NEXTEL en la cual señala que a través de ésta se formaliza su reiterada solicitud para que se establezca un cargo de terminación en las redes de servicios móviles de ambas empresas, proponiéndose el cargo de US\$0.2053 tasado al segundo para las comunicaciones de larga distancia nacional móvil a móvil. Asimismo, se solicita celebrar una reunión para negociar dicho punto.

Con fecha 31 de mayo de 2002, BELLSOUTH remite a NEXTEL una nueva comunicación C.298-2002/AR-VPL en la que reitera su disposición de llegar a un acuerdo beneficioso para ambas partes, que permita eliminar las distorsiones y desvíos de tráfico ocasionados por el sistema SKA.

El 6 de agosto de 2002 BELLSOUTH remite a NEXTEL la carta sin número de fecha 5 de agosto, mediante la cual le informa que ante la falta de respuesta por parte de NEXTEL y sin tener otra opción se ven obligados a acudir al regulador y exponer su posición así como la circunstancia de no haber podido obtener una respuesta formal por parte de NEXTEL a su propuesta de eliminar el SKA.

Finalmente, con fecha 12 de agosto de 2002, BELLSOUTH remite la carta C.424-2002-AR/VPL, con el propósito de "(...) insistirles una vez más en la solicitud para la modificación y adecuación del contrato de interconexión suscrito entre nuestras empresas (...)", señalando que **"Cabe recordar que *nuestra solicitud se encuentra amparada en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión y en la Cláusula Decimoquinta de nuestro contrato de interconexión*, en la medida en que Nextel del Perú S.A. *accedió a la solicitud de Telefónica Móviles S.A.C. de modificar el sistema de Sender Keeps All*, otorgándole de esta manera condiciones más favorables que las otorgadas a BellSouth, con la cual tiene una relación de interconexión equivalente."** (Resaltado agregado).

En la misma comunicación se señala que BELLSOUTH y NEXTEL han venido negociando la modificación del contrato durante un plazo que excede los sesenta (60) días establecidos en la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión, y que en consecuencia en aplicación de dicha cláusula y del artículo 25° del Reglamento de Interconexión, solicitan se haga efectiva de inmediato la adecuación del Contrato de Interconexión.

Tal como se desprende de lo antes expuesto, en las tres primeras comunicaciones BELLSOUTH no invoca el derecho de adecuación establecido en referida cláusula, invocándolo por primera vez en la comunicación C.424-2002-AR/VPL, cursada a NEXTEL con fecha 12 de agosto.

No obstante lo antes indicado, BELLSOUTH señala en su escrito de demanda que ha solicitado por escrito en innumerables oportunidades la modificación del SKA por un sistema de cargos de interconexión, tal como NEXTEL se lo ha brindado a TELEFÓNICA MÓVILES, añadiendo que *"Como lo demostraremos, nuestras solicitudes siempre implicaron una adecuación al contrato que Nextel tenía con Telefónica Móviles"*.²³

Asimismo señala que *"Como resultará evidente al Cuerpo Colegiado, no importando si nuestra solicitud empleaba el término adecuación o el de modificación, para Nextel era claro que lo que solicitábamos era que se iguale nuestro contrato con el que anteriormente había negociado con Telefónica Móviles, pues conocía que no acceder a dicha solicitud implicaba generar perjuicio a nuestra empresa que ya se estaba evitando en el caso del otro operador móvil."*

*En todo caso debe tenerse presente que, incluso si se considerase que el no mencionar la palabra adecuación constituye un error (...) dicho error no podría afectar nuestro derecho, pues se trataría de un error en la declaración que, como reconoce abiertamente la doctrina, no podría ser utilizado para negar la verdadera naturaleza de la declaración de voluntad de la parte que cometería dicho error (...)"*²⁴

En tal sentido, BELLSOUTH afirma en su demanda que *"En el presente caso, el plazo de sesenta (60) días que establecía el contrato fue prorrogado tácitamente por acuerdo de las partes. BellSouth accedió pacientemente, durante 08 meses, a seguir negociando, confiado en la buena fe de Nextel. Sin embargo, persistiendo la negativa de Nextel, durante todo ese tiempo, BellSouth decide poner fin a la prórroga, por lo que hace exigible la adecuación a partir del 12 de agosto del presente, fecha en la que reitera la solicitud de modificación y adecuación del contrato de interconexión suscrito con Nextel, y exige su aplicación inmediata."*²⁵

Como consecuencia de lo antes expuesto, corresponde determinar si una comunicación a través de la cual se requiere negociar una condición económica o se propone su modificación, puede ser considerada como una solicitud de adecuación en el marco de la cláusula decimoquinta del contrato.

Al respecto debe tomarse en consideración que el derecho que emana del principio de igualdad de acceso no es un derecho genérico a modificar los contratos de interconexión, sino que es el derecho de modificarlos acogiendo una condición determinada y específica otorgada a una empresa en una relación particular.

Asimismo, debe considerarse que el efecto de la solicitud de adecuación es la de modificar una relación de interconexión,

²³ Escrito de demanda, página 13.

sustituyendo una condición económica por otra, para lo cual dichas condiciones tienen que estar clara e indubitadamente identificadas.

De lo expuesto se desprende que, la solicitud de adecuación debe identificar claramente cual es la condición a la que se pretende acoger, lo que implica precisar la condición y la relación en la cual ésta se otorga.

En tal sentido, ni el pedido genérico de iniciar una negociación para modificar una determinada condición, ni una propuesta de modificación, como ha sido el caso de las primeras comunicaciones de BELLSOUTH, pueden ser considerados como una solicitud de adecuación.

Con respecto a lo señalado por BELLSOUTH respecto de que, en todo caso, el error cometido por su empresa al no haber precisado que sus solicitudes se encontraban enmarcadas dentro de los alcances de la cláusula decimoquinta del contrato, debe señalarse que el requisito de la solicitud a ser cumplido por el interesado, implica la responsabilidad de éste de tomar las medidas que correspondan para el ejercicio del derecho. En tal sentido su responsabilidad el solicitar la adecuación de manera clara, no siendo factible atribuir a la otra parte la responsabilidad por los errores que el propio interesado pudiera cometer.

En consecuencia, en el presente caso, la solicitud de adecuación se habría cursado a NEXTEL con fecha 12 de agosto de 2002, por lo que la adecuación del Contrato de Interconexión se habría producido automáticamente vencido el plazo de sesenta días (60) acordado por las partes.

4. Comisión de la infracción imputada:

De lo expuesto por NEXTEL en el presente procedimiento, dicha empresa se viene negando a adecuar el Contrato de Interconexión a la condición invocada por BELLSOUTH.

Como se ha señalado en el numeral precedente, la adecuación se habría producido automáticamente una vez vencido el plazo acordado por las partes para tal efecto.

En tal sentido, no obstante haberse modificado el Contrato de Interconexión respecto del SKA por el sistema de aplicación de los cargos establecido en el Contrato entre TELEFÓNICA MÓVILES y NEXTEL, esta última no habría cumplido con aplicar la nueva condición.

Tal conducta se encuentra tipificada como infracción muy grave en los siguientes artículos del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL:

“Artículo 36° .- La empresa que incumpla con las disposiciones que se emitan sobre cargos establecidos para la interconexión incurrirá en infracción muy grave.”

“Artículo 37°.- La empresa que no otorgue condiciones equivalentes de interconexión de acuerdo con lo establecido en el Artículo 108° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y en el Artículo 10° del Reglamento de Interconexión, incurrirá en infracción muy grave.”

De acuerdo con el artículo 230° numeral 6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley 27444 “Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.”

En tal sentido, si bien en el presente caso la conducta implica la comisión de mas de una infracción, de acuerdo con la norma antes citada corresponde sancionarla como una muy grave.

VIII. ANÁLISIS DE LA RECONVENCIÓN:

Como se ha mencionado anteriormente, NEXTEL ha demandado a BELLSOUTH por terminar en su red tráfico originado en la red de TIM, argumentando que dicha práctica contraviene lo dispuesto por el artículo 5° de las Normas Complementarias y lo establecido en el Contrato de Interconexión, y que además es contraria a la buena fe comercial y a las normas que deben imperar en los mercados y en consecuencia son actos sancionados por la Ley de Competencia Desleal.

BELLSOUTH por su parte ha reconocido haber estado terminando tráfico de TIM en la red de NEXTEL, argumentando, sin embargo, que dicha conducta no sólo no implica la comisión de infracción alguna, sino que constituye el cumplimiento de la obligación de interconexión que recae sobre su empresa (interconexión indirecta).

En tal sentido, no habiendo discusión respecto de realización de la conducta denunciada, corresponde analizar únicamente si ésta implica o no la comisión de las infracciones mencionadas, para lo cual debe en primer lugar descartarse que se trate de una interconexión indirecta de acuerdo con la normativa vigente, como lo argumenta BELLSOUTH.

1. Interconexión indirecta:

De acuerdo con la normativa vigente la interconexión de redes y servicios de telecomunicaciones puede ser directa o indirecta, siendo en ambos casos de interés público, obligatoria y condición esencial de la concesión.

La interconexión directa, como su nombre lo indica, es aquella en la cual existe una relación directa entre las empresas interconectadas,

jurídicos, económicos y técnicos correspondientes, aprobado por OSIPTEL, y en su defecto un mandato.

La interconexión indirecta por su parte es aquella que se realiza a través del transporte conmutado o tránsito local, y básicamente consiste en interconectar dos redes (Empresa A y Empresa C) a través de la red de una tercera empresa (Empresa B) con la cual ambas se encuentran interconectadas, no requiriéndose de acuerdo alguno entre las redes que se interconectan por esta vía (las Empresas A y C), debido a que la relación de ambas será únicamente con la empresa con la cual están interconectadas directamente (Empresa B).

Al respecto, el artículo 5° de las Normas Complementarias, modificado por la Resolución N° 003-2001-CD/OSIPTEL, establece lo siguiente:

*"El transporte conmutado, denominado también tránsito local, es el conjunto de medios de transmisión y conmutación de un **portador local** que enlazan las redes de distintos operadores concesionarios en la misma localidad.*

*En la relación entre los distintos operadores cuyas redes se enlazan a través del transporte conmutado local, denominada **interconexión indirecta, no es exigible un contrato de interconexión.** Sin embargo, el operador a quien se solicite la interconexión indirecta, no brindará el transporte conmutado local, o suspenderá el que está brindando, si el operador solicitante de la interconexión indirecta no otorga garantías razonables y suficientes por la liquidación y recaudación de los cargos de interconexión correspondiente, o si las garantías otorgadas devienen insuficientes; tales facultades del operador que provee el transporte conmutado local subsisten, mientras el operador de la red que solicitó la interconexión indirecta no satisfaga las mencionadas condiciones. Mientras cuente con las garantías suficientes, el operador que provee el transporte conmutado local, asumirá ante la tercera red los cargos de interconexión por el tráfico terminado en la misma; y, de no contar con tales garantías, no brindará o suspenderá el transporte conmutado y no terminará el tráfico en tercera red."*

En tal sentido, la empresa que solicita la interconexión indirecta (Empresa A) pagará los cargos por terminación en la red con la cual se interconecta vía transporte conmutado (Empresa C) a través de la empresa que le brinda dicha facilidad (Empresa B). Estos cargos de terminación serán los que la Empresa B tenga pactados con la Empresa C. La Empresa B por su parte asume la responsabilidad del pago frente a la Empresa C como si el tráfico fuera propio, siendo éste el motivo por el cual la norma exige a la empresa que solicita la interconexión indirecta, el otorgamiento de garantías ante la empresa que proveerá el transporte conmutado.

Lo antes mencionado, sin embargo no impide a las empresas de los

de interconexión y el pago directo entre dichas empresas. En este caso, la Empresa B simplemente entrega el tráfico y cobra su cargo por transporte conmutado sin asumir ninguna obligación frente a la Empresa C, y por lo tanto en este supuesto no se requiere del otorgamiento de garantía alguna por parte de la Empresa A como condición para la interconexión.

2. ¿Constituye la conducta denunciada interconexión indirecta?

De lo señalado por las partes a lo largo del procedimiento, se desprende que no existe discusión respecto a que el servicio que está prestando BELLSOUTH, y que es materia de la reconvención, es el de transporte conmutado.

La discrepancia, en cambio, surge respecto a la facultad de BELLSOUTH de prestar dicho servicio en su relación de interconexión con NEXTEL. Es así que NEXTEL señala que "(...) En lo queñisí discrepamos con BellSouth es en **el hecho que una red móvil realice el servicio de transporte conmutado** cuando la regulación, a saber, el artículo 5° de la Resolución 014-99-CD/OSIPTEL, establece claramente que dicho servicio debe ser brindado por un portador local."²⁶ (Resaltado agregado).

Sobre el particular NEXTEL afirma que:

De acuerdo con el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, "(...) los servicios portadores son aquellos que, utilizando la infraestructura del sistema portador, tienen la facultad de proporcionar la capacidad necesaria para el transporte y enrutamiento de las señales de comunicaciones, constituyendo el principal medio de interconexión entre los servicios y redes de telecomunicaciones."²⁷

"De acuerdo con lo anterior, los portadores locales deben utilizar su propia infraestructura (red portadora local) para poder brindar el servicio de transporte de llamadas; resultando, por tanto, contrario a la regulación que un portador local pueda prestar el servicio portador utilizando la infraestructura o los elementos de una red de un servicio distinto como es la red móvil."²⁸

"Así, y si bien BellSouth posee una red portador local, como hemos demostrado a lo largo del presente proceso dicha red no es la que viene brindando el servicio en cuestión: en primer lugar porque no se encuentra interconectada con Nextel y, en segundo lugar, porque las llamadas de terceras redes que BellSouth termina en la red de Nextel, tal como ha quedado acreditado, vienen identificadas (pintadas) con un número de la red móvil de BellSouth, el 920-3710."²⁹

²⁶ Escrito N° 2 de NEXTEL de fecha 27 de febrero de 2002, página 2.

²⁷ Escrito N° 2 de fecha 27 de febrero de 2003, página 2.

En virtud de lo anterior NEXTEL concluye que la conducta de BELLSOUTH denunciada resulta contraria a derecho, puesto que viene prestando el servicio de transporte conmutado a través de su red de telefonía móvil.

Al respecto, corresponde señalar que, tal como lo señala el artículo 5° antes citado, el servicio de transporte conmutado local, a través del cual se presta la interconexión indirecta, es un servicio portador local y en consecuencia, de acuerdo con la normativa vigente³⁰, sólo puede ser prestado por una empresa concesionaria de dicho servicio.

Esto, sin embargo, no quiere decir que la Empresa B deba de estar interconectada en su calidad de empresa portadora con las Empresas A y C, sino que dicha empresa debe contar con la referida concesión.

OSIPTEL se ha pronunciado en este sentido en anteriores oportunidades al dictar mandatos en los cuales se recoge la obligación de una de las partes de proveer el transporte conmutado local a efecto de permitir la interconexión indirecta, no obstante no ser la red portadora local de ésta materia de la interconexión.

Este es el caso, por ejemplo de los siguientes mandatos:

- Mandato de Interconexión N° 002-99-GG/OSIPTEL, mediante el cual se reguló la relación de interconexión entre la red portadora de larga distancia de Nortek Communications S.A.C. y la red de telefonía fija y larga distancia de Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFÓNICA) y la red de telefonía móvil de TELEFÓNICA MÓVILES (en aquel entonces Telefónica Servicios Móviles S.A.C.).³¹
- Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL, mediante el cual se reguló la relación de interconexión entre la red portadora de larga distancia de Compañía Telefónica Andina S.A. (TELEANDINA) y la red de telefonía fija de Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFÓNICA) y la red de telefonía móvil de TELEFÓNICA MÓVILES.³²

En dichos mandatos se establece que TELEFÓNICA – interconectada en su calidad de operadora de **servicio de telefonía fija y portador de larga distancia** - prestará el transporte conmutado para las llamadas

³⁰ Artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones: "Se considera servicios portadores a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. Estos servicios (...) **requerirán de concesión expresa para su ejercicio.**" (Resaltado agregado).

³¹ El artículo 1° del mandato resuelve: "Establecer las condiciones técnicas, económicas, legales y operativas para interconectar al red del servicio portador de larga distancia de TELEANDINA con la red de los **servicios de telefonía fija local y de larga distancia de TELEFÓNICA** y la red del servicio de telefonía móvil de TSM." (Resaltado agregado).

³² El artículo 1° del mandato resuelve: "Establecer las condiciones técnicas, económicas, legales y operativas para interconectar las redes y servicios del servicio portador de larga distancia de

entregadas por NORTEK y TELEANDINA con destino a otras redes con las cuales dichas empresa no estén interconectadas directamente.

Lo expuesto ha sido confirmado por el Cuerpo Colegiado en la controversia seguida por TELEANDINA contra TELEFÓNICA (Expediente N° 002-2000), en la cual se concluyó que TELEFÓNICA se encontraba obligada a interconectar indirectamente a TELEANDINA con BELLSOUTH, no obstante no encontrarse TELEANDINA³³ interconectada a la red portadora local de TELEFÓNICA.

En la misma relación entre BELLSOUTH y NEXTEL se presenta dicha situación, es así que la propia interconexión entre dichas empresas materia de la presente controversia se realiza por medio del transporte conmutado prestado por TELEFÓNICA., no obstante no encontrarse NEXTEL interconectada con su red portadora local.³⁴

Asimismo, en el propio Contrato de Interconexión se regula la prestación del servicio de transporte conmutado por parte de BELLSOUTH. En efecto, en el Anexo II, Condiciones Económicas, numeral 3 se establece lo siguiente: "**Tele 2000 prestará el servicio de transporte conmutado** para las llamadas entregadas por NEXTEL con destino a la red de un tercer operador o **a una red móvil**, con la cual NEXTEL no esté interconectada directamente."

En consecuencia, al contar BELLSOUTH con la concesión de portador local no sólo se encuentra facultada a brindar el tránsito local para efectos de la interconexión indirecta, sino que también se encuentra obligada a hacerlo, como la propia NEXTEL lo habría reconocido al firmar el Contrato de Interconexión.

Debe precisarse que dicha obligación de interconexión no puede ser afectada ni restringida por acuerdo entre partes. En tal sentido, el que BELLSOUTH y NEXTEL hayan establecido en el Contrato de Interconexión que este se celebra con la finalidad de que los abonados de ambas empresas puedan comunicarse entre sí, así como el impedimento de las partes de ceder a terceros los derechos que se derivan del contrato – disposiciones que según NEXTEL se estarían incumpliendo -, no pueden entenderse como una restricción a la obligación de interconexión de las partes, como la misma NEXTEL lo reconoce en su escrito de reconvención, en el cual señala que:

³³ Mandato N° 001-99-GG/OSIPTEL, citado anteriormente.

³⁴ El segundo párrafo del artículo tercero del contrato de interconexión de fecha 17 de junio de 1999, aprobado mediante Resolución N° 044-99-GG/OSIPTEL, que regula la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y NEXTEL, establece que: "El ámbito de interconexión de las redes y servicios a que se refiere este contrato se encuentra especificando en el Anexo I-A del PTL."

El punto 1 del referido anexo establece que "El presente proyecto establece las condiciones técnicas y operativas para interconectar la red del Servicio Móvil e Canales Múltiples de Selección Automática (Troncalizado) de Nextel Perú S.A. con la red de Telefonía Fija Local, y la red del servicio de telefonía móvil celular y **la red del servicio portador de larga distancia**

*“En efecto, tanto BellSouth como Nextel cuando celebraron el contrato de interconexión lo hicieron con la finalidad que los abonados, y sólo ellos, pudieran comunicarse a través de dicha interconexión, **salvo que se acordara con terceras redes una interconexión indirecta conforme a la regulación.**” (Sic) (Resaltado agregado).*

Asimismo, el que BELLSOUTH y NEXTEL hayan pactado libremente el SKA, , no puede considerarse como una limitación a la obligación de interconexión de las partes.³⁵

En tal sentido, de acuerdo con la normativa vigente, la terminación de las llamadas originadas en la red PCS de TIM, en la red de troncalizado de NEXTEL que viene efectuando BELLSOUTH, se enmarca dentro de su obligación de interconexión indirecta.

3. Comisión de las infracciones imputadas:

Habiéndose concluido que la conducta de BELLSOUTH denunciada constituye el cumplimiento de sus obligaciones de interconexión, dicha empresa no habría cometido ninguna de las infracciones imputadas por NEXTEL.

VIII. CONCLUSIONES:

En virtud de lo expuesto, la Secretaría Técnica concluye lo siguiente:

1. Demanda:

- a. De conformidad con lo acordado por las partes en el Contrato de Interconexión, y con la normativa vigente citada anteriormente, BELLSOUTH tiene derecho de adecuar dicho contrato a el sistema de cargos pactado entre NEXTEL y TELEFÓNICA (US\$0.207), para lo cual basta con solicitar dicha adecuación a NEXTEL precisando no solo que se trata de un requerimiento de adecuación en virtud a las disposiciones antes citadas, sino precisando además las condiciones y la relación de interconexión en la cual su derecho se sustenta.
- b. De la información contenida en el expediente, se desprende que BELLSOUTH solicitó a NEXTEL la referida adecuación con fecha 12 de agosto de 2002, con lo cual la adecuación se habría producido sesenta días después de tal fecha, tal como se acordó en el Contrato de Interconexión.
- c. No obstante lo indicado, NEXTEL se viene negando reconocer la adecuación y a aplicar el sistema de cargos de interconexión que en virtud a ésta se encuentra vigente entre las partes.

³⁵ La aprobación por parte OSIPTEL del Contrato de Interconexión no puede entenderse como la aceptación de éste de una limitación a la obligación de interconexión, pues esto sería ilegal,

- d. En consecuencia, NEXTEL habría incurrido en infracción muy grave tipificada en los artículos 36° y 37° del Reglamento de Infracciones y Sanciones.

2. Reconvención:

La conducta denunciada por NEXTEL constituye el cumplimiento de obligación de interconexión por parte de BELLSOUTH, y en consecuencia no implica la comisión de infracción a la regulación de telecomunicaciones, al Contrato de Interconexión, ni a las normas sobre competencia.

Ana Rosa Martinelli
Gerente de Relaciones Empresariales