



Gerencia de Relaciones Empresariales

Controversia entre Nortek Communications S.A.C. y Telefónica del Perú S.A.A. (Expediente N° 004-2002)

Informe Instructivo

Informe 009-2002/ST.

Lima, 25 de Octubre de 2002



INTRODUCCIÓN

La Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado encargado de resolver la controversia seguida por Nortek Communications S.A.C. (NORTEK) contra Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFÓNICA) (Expediente 4-2002), 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).

Para la elaboración del referido informe se ha tomado en consideración los medios probatorios y documentos que obran en el expediente de la controversia, la normativa aplicable, las resoluciones de carácter particular emitidas por OSIPTEL relativas al tema de interconexión publicadas en el diario oficial "El Peruano" y las publicaciones que se anexan al presente informe.

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1. Demandante:

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

2. Demandado:

TELEFÓNICA es una empresa privada constituida en el Perú que, de acuerdo con las concesiones otorgadas por el Estado mediante contratos, brinda, 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 cuáles TELEFÓNICA se encuentra autorizada para prestar, entre otros, los servicios públicos de telefonía fija y portadores locales, de larga distancia nacional y de larga distancia internacional.

II. ANTECEDENTES:

- Con fecha 15 de octubre de 1998 se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 018-98-CD/OSIPTEL, mediante la cual se estableció que los cargos de interconexión tope o por defecto que se aplicarían por minuto de tráfico efectivo para la terminación de llamadas en la red fija local serían de: US\$0,015 para la interconexión entre redes de telefonía fija local en horario nocturno desde las 23.00 a las 7.00 horas; y, de US\$0,029 para la interconexión de todos los servicios públicos de telecomunicaciones.
- Con fecha 7 de diciembre de 1999 OSIPTEL expidió el Mandato de Interconexión N° 002-99-GG/OSIPTEL, publicado el 9 del mismo mes en el diario oficial El Peruano, el cual regula las condiciones técnicas, económicas y legales de la relación de interconexión entre la red de larga distancia de NORTEK y la red de telefonía fija local de TELEFÓNICA, y la red de telefonía móvil de Telefónica Móviles S.A.C. En dicho mandato se estableció el cargo de interconexión en US\$0,029, de conformidad con la Resolución N° 018-98-CD/OSIPTEL.

- Con fecha 1 de agosto de 2000 se expidió el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL, publicado el 6 de dicho mes, mediante el cual se reguló la relación de interconexión entre la red de telefonía de ATT (en aquel entonces Firstcom S.A.) y la red de telefonía fija de TELEFÓNICA y la red de telefonía móvil de Telefónica Móviles S.A.C.
- En dicho mandato se incluyó el siguiente esquema de cargos de terminación de llamadas en las redes de telefonía fija de TELEFÓNICA y ATT:

Vigencia Desde	Vigencia Hasta	Cargo Promedio	Cargo Diurno	Cargo Nocturno
Agosto, 2000	Junio 30, 2001	0,01680	0,01732	0,00866
Julio 1, 2001	Diciembre 31, 2001	0,01400	0,01443	0,00722
Enero 1, 2002	Junio 30, 2002	0,01150	0,01186	0,00593
Julio 1, 2002	En adelante	0,00960	0,00990	0,00495

- Con fecha 4 de diciembre de 2000 se publicó la Resolución N° 061-2000-CD/OSIPTEL mediante la cual se establece que el cargo de interconexión tope promedio ponderado por minuto de tráfico eficaz para la terminación de llamadas en la red fija local por todo concepto es de US\$0,0168 sin incluir IGV, y que el cargo de interconexión tope promedio ponderado por minuto de tráfico eficaz para el transporte conmutado local en las redes de telefonía fija local con todos los servicios públicos de telecomunicaciones es de US\$ 0,0074, sin incluir IGV. Dicha resolución entró en vigencia el 1 de enero del 2001.
- Con fecha 14 de febrero de 2001, y habiendo sido desestimada su apelación ante el Consejo Directivo, TELEFÓNICA impugnó el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL en la vía arbitral por considerar que éste contiene de forma irregular un procedimiento de ajuste de cargos de interconexión, no sólo ajeno a las normas que regulan la interconexión, sino que también constituye una violación de los criterios establecidos en los Contratos de Concesión suscritos entre el Estado Peruano y TELEFÓNICA. Actualmente se encuentra en trámite.
- Con fecha 30 de junio del 2001, se publicó la Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL que aprobó los nuevos cargos tope promedio ponderado de terminación/originación llamadas y de transporte conmutado, fijándolos en US\$ 0,01400 y 0,00554 respectivamente, vigentes desde el 1 de julio de dicho año.
- Con fecha 29 de noviembre de 2001, y de conformidad con el artículo 7° del Reglamento General de OSIPTEL, se publicó mediante Resolución N° 065-2001-CD/OSIPTEL el proyecto de resolución que establecía el nuevo cargo tope promedio ponderado de terminación/originación de llamadas en US\$,001150, y que estaría vigente a partir del 1 de enero del 2002.
- Con fecha 1 de diciembre de 2001, se publicó el Decreto Supremo N° 124-2001-PCM – Normas para garantizar transparencia en el procedimiento de fijación de precios regulados a fin de que la información utilizada por los Organismos Reguladores esté disponible a empresas y usuarios- según el cual OSIPTEL debía expedir una resolución conteniendo el procedimiento que aplicará en los casos de determinación de precios regulados en los servicios públicos de telecomunicaciones, conforme a su competencia.

- Con fecha 29 de diciembre de 2001, se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 071-2001-CD/OSIPTel mediante la cual se ordenó la publicación del proyecto del procedimiento que OSIPTel aprobaría para dar cumplimiento a lo establecido por el mencionado Decreto Supremo.
- Con fecha 1 de enero de 2002, se publicó la Resolución N° 072-CD/2001-OSIPTel mediante la cual se suspendió el proceso de evaluación de la revisión del cargo de interconexión para terminación de llamadas en la red de telefonía fija a partir del 1 de enero del 2002, hasta que se apruebe el procedimiento de determinación de precios que corresponda por aplicación del Decreto Supremo N° 124-2001-PCM.
- Con fecha 15 de febrero de 2002, se publicó la Resolución N° 005-2002-CD/OSIPTel, mediante la cual se aprobó el procedimiento para la fijación de precios regulados por OSIPTel, en cuya segunda disposición final se precisó que *"El presente procedimiento se aplica, en lo pertinente, a la fijación o revisión de los cargos de interconexión que apruebe OSIPTel, salvo los cargos fijados mediante los Mandatos de Interconexión."*
- Con fecha 24 de marzo de 2002 se publicó el Mandato de Interconexión N° 001-2002-CD/OSIPTel, mediante el cual se reguló la relación de interconexión entre la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de IDT Perú S.R.L. con la red del servicio de telefonía fija local y portador de larga distancia de TELEFÓNICA, en el cual se recogió la tabla de cargos de originación/terminación de llamadas establecido en el MANDATO.
- Mediante comunicación N° GGR-107-A-306/IN-02 recibida el 8 de abril de 2002, TELEFÓNICA solicitó el inicio del procedimiento de revisión del cargo tope de interconexión vigente para la terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, solicitando adicionalmente la suspensión de los efectos del Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTel y del Mandato N° 001-2002-CD/OSIPTel, en lo referido a la aplicación de un cargo de interconexión distinto al cargo tope vigente fijado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSIPTel en US\$ 0,0140, tramitándose esta última solicitud en expediente independiente.
- Con fecha 14 de junio de 2002 se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2002-CD/OSIPTel, mediante la cual se declaró improcedente la solicitud presentada por TELEFÓNICA mediante comunicación N° GGR-107-A-306/IN-02 para que se disponga la suspensión de los efectos del Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTel y del Mandato N° 001-2002-CD/OSIPTel en cuanto a lo referido a la aplicación de un cargo de interconexión distinto al cargo tope por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, vigente fijado en US\$ 0,0140, por tener el referido mandato carácter ejecutivo al haber quedado agotada la vía administrativa, de conformidad con el artículo 192° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, y no existir disposición legal expresa en contrario, ni mandato judicial, ni encontrarse sujeta a plazo conforme a ley.
- Posteriormente, a la presentación de la demanda por parte de NORTEK, se amplió el plazo para la publicación del proyecto normativo para la fijación del nuevo cargo tope por terminación de llamadas en la red fija¹, y se derogó el Decreto Supremo N° 124-2001-PCM, mediante la Ley de Transparencia y

¹ Con fechas 10 de julio y 19 de setiembre de 2002, se publicaron respectivamente las Resoluciones de Consejo Directivo N° 031-2002-CD/OSIPTel y 049-2002-CD/OSIPTel, mediante las cuales se amplió el plazo para publicar el proyecto normativo que elaborará OSIPTel en el marco de la solicitud de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamada en la red del servicio de telefonía fija local, presentada por TELEFÓNICA, hasta el 16 de setiembre y luego hasta el 31 de octubre de 2002.

Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas – Ley 27838, en la cual, al igual que en el referido Decreto Supremo, se establece el procedimiento que los reguladores deben seguir para la regulación de las tarifas.

III. DEMANDA DE NORTEK – PETITORIO:

Con fecha 4 de julio de 2002, NORTEK interpone ante OSIPTEL una demanda contra TELEFÓNICA por violación a los principios de igualdad de acceso y no discriminación, y solicita que en cumplimiento de los mencionados principios²:

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

III. POSICIONES DE LAS PARTES

1. Posición de NORTEK:

NORTEK fundamenta su demanda en virtud de los siguientes argumentos:

- La interconexión de redes de distintos operadores se da bajo principios de observancia obligatoria, siendo uno de ellos el principio de igualdad de acceso que consagra el derecho de los concesionarios u operadores de servicios públicos a interconectar sus redes en condiciones equivalentes a las acordadas entre otros operadores. Este principio se encuentra recogido en las siguientes normas:

² Consagrados en (i) la Resolución N° 432 – Normas Generales sobre Interconexión de la Comunidad Andina de Naciones;(ii) el Texto Único Ordenado de la Ley General de Telecomunicaciones y su Reglamento, aprobados mediante Decretos Supremos N° 013-93-TCC y 006-94-TCC; (iii) el Reglamento de Interconexión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo ...; y (iv) la Resolución Final N° 016-2001-CCO/OSIPTEL del 7 de diciembre del 2000 de la controversia promovida por Compañía Telefónica Andina S.A.

- Artículo 71° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC³, (la Ley de Telecomunicaciones), según el cual *“En las relaciones comerciales de empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, está prohibida la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que creen situaciones desventajosas entre competidores.”*
- Artículo 108° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 006-94-TCC⁴ (el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), según el cual *“La interconexión de redes de los 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.”*
- Artículo 7° del Reglamento de Interconexión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 001-98-CD/OSIPTEL⁵, según el cual *“Los contratos de interconexión deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre competencia. Su ejecución debe realizarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes.”*
- Artículo 25° del Reglamento de Interconexión, según el cual *“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.”*
- El Mandato que regula la relación de interconexión entre NORTEK y TELEFÓNICA establece en el segundo párrafo del artículo 12° lo siguiente:

*“(…)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.”*
(subrayado y negritas del demandante)
- Sobre la materia de la presente controversia existe un pronunciamiento previo por parte de OSIPTEL en la controversia promovida por la empresa TELEANDINA contra TELEFÓNICA (Expediente N° 004-2001), consagrado en la Resolución Final de la primera instancia administrativa, la cual no sólo tiene carácter de cosa juzgada debido a que la segunda instancia no resolvió la apelación de la misma dentro del plazo señalado en el artículo 60° del anterior Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, aprobado por la Resolución N° 027-99-CD/OSIPTEL, operando de esta manera el silencio administrativo negativo; sino que además constituye un precedente de observancia

³ Modificado por Decreto Supremo N° 021-93-TCC, Ley 27336.

⁴ Modificado por los Decretos Supremos N° 015-97-MTC, 005-98-MTC, 002-99-MTC.

⁵ Modificado por Resoluciones de Consejo Directivo N° 038-99-PD/OSIPTEL y N° 047-2001-CD/OSIPTEL.

obligatoria en materia administrativa en virtud del artículo 95° del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL (Reglamento de Controversias), por haber interpretado de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones.

- De acuerdo con lo establecido en el mandato que regula la relación de interconexión entre las partes, con los principios de igualdad de acceso y no discriminación, y con la Resolución Final del Cuerpo Colegiado en la controversia citada, para ejercer el derecho de reclamar el nuevo cargo y/o que la adecuación al mismo ocurra automáticamente basta que se cumplan los siguientes requisitos:
 - Que una de las partes acuerde o negocie con un tercero un cargo menor.
 - Que este cargo sea igual o inferior al cargo tope.
 - Que esté vigente la interconexión entre las partes.
- En iguales términos se expresa OSIPTEL en:
 - Su Resolución de Consejo Directivo N° 018-98-CD/OSIPTEL del 15 de octubre de 1998, al señalar en su artículo 3° que los operadores se sujetarán a las siguientes reglas, las mismas que son de observancia obligatoria para las partes: *“a. El cargo de interconexión por terminación de llamadas será único sin diferenciar entre llamadas entrantes, ni salientes; locales o de larga distancia nacional e internacional, ni el tipo de red de telecomunicaciones.”*
 - El artículo 10° del Reglamento de Interconexión, que define el principio de igualdad de acceso como: *“(…) 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 solicitan.”*
- Asimismo, los artículos 6° y 7° de la Resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina N° 432 establecen lo siguiente:

“Artículo 6°.-Está prohibido a los operadores de redes públicas de telecomunicaciones incurrir en prácticas discriminatorias a otros operadores, que busquen o pretendan favorecer a éstos o a sí mismos, en detrimento de cualesquiera de los otros agentes que operan en el mercado de telecomunicaciones.”

“Artículo 7°.-Los operadores de redes públicas de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios y permitir el acceso a dichas redes, en condiciones equivalentes para todos los operadores.”
- Lo mencionado constituye el marco jurídico fundamental que establece (aún en el supuesto negado de que NORTEK y TELEFÓNICA no hubiesen pactado la adecuación automática al mejor cargo ofrecido a un tercero por cualquiera de las partes), la extensión a la otra parte de la relación económica que cualquiera de ellas establezca con un tercer operador, ya que de lo contrario se estaría contraviniendo principios esenciales que regulan la actividad de las telecomunicaciones en el Perú.
- En tal sentido, TELEFÓNICA debió aplicar inmediatamente a su relación con NORTEK el mismo cargo desagregado, y por lo tanto al no haberlo hecho ha incurrido en una infracción muy grave, prevista y penada en el artículo

35° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL y modificado por la Resolución N° 048-2001-CD/OSIPTEL (Reglamento de Infracciones).

2. Posición de TELEFÓNICA:

TELEFÓNICA contradice la demanda de NORTEK en todos sus extremos en virtud de los siguientes argumentos:

- TELEFÓNICA no está obligada a aplicar el cargo de interconexión establecido en el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL debido a que la interpretación que hace NORTEK implicaría que un mandato⁶ – acto administrativo – tendría la capacidad de derogar un reglamento administrativo⁷, es decir una norma de carácter material. Esto contraviene lo señalado por el artículo 103° de la Constitución Política, y el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, según los cuales la ley se deroga sólo por otra ley. Es decir, toda ley en sentido material sólo se deja sin efecto por disposición de por lo menos otra norma de igual naturaleza
- La determinación de los cargos de terminación en la red fija contenida en el mandato de interconexión que regula la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y ATT es ilegal por lo siguiente:
 - OSIPTEL empleó un mandato para lograr un efecto que – de conformidad con los Contratos de Concesión entre TELEFÓNICA y el Estado Peruano, y la doctrina administrativa - sólo podía lograr a través de una norma regulatoria de carácter general, pues en dicho mandato se dispuso un esquema de ajuste gradual del cargo de terminación/originación de llamadas en la red del servicio fijo de telefonía fija local, el cual no se encuentra establecido en ninguna norma de carácter general, y que posteriormente intentó legitimar con la posterior emisión de una norma de carácter general que posteriormente fue suspendida por el propio OSIPTEL.
 - Al fijar el cargo en US\$ 0,0168, el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL violó flagrantemente lo establecido en la Resolución N° 018-98-CD/OSIPTEL, norma de carácter general dada por el Consejo Directivo de OSIPTEL en la cual se fijó en US\$ 0,029 el cargo para la interconexión de todos los servicios públicos de telecomunicaciones con la red fija de TELEFÓNICA, el cual estaría vigente, de acuerdo con dicha resolución, hasta el 1 de junio del 2001.
 - Es evidente que el principio de igualdad de acceso exige que si un operador acuerda en un contrato de interconexión un cargo por terminación inferior al cargo tope fijado por el regulador, ofrezca dicho cargo menor a todos los demás operadores que se interconecten con su red. Sin embargo, las normas en cuestión centran su atención en los contratos de interconexión y no en los mandatos.
 - De otro lado, ni el artículo 10° ni el artículo 25° del Reglamento de Interconexión permiten que OSIPTEL establezca en un mandato un cargo menor a su propio cargo tope por defecto y luego pretenda – por aplicación del principio de igualdad de acceso –que tal cargo resulte aplicable a todas las demás relaciones de interconexión en que se hallen involucrados los operadores que formen parte del referido mandato.

⁶ El Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL.

⁷ La Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL

- o Al emitir el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL, la Gerencia General de OSIPTEL no sólo redujo irregularmente el cargo tope por defecto que había sido previamente fijado por una norma de carácter general emitida por el Consejo Directivo, sino que además, arrogándose una facultad de emitir normas de carácter general que sólo se reconoce al Consejo Directivo, aprobó un esquema de cargos de terminación de llamadas que debía llevar el cargo al primero de junio del 2002 hasta US\$ 0,00960; reduciéndolo en casi 43% en el lapso de dos años.
 - o Dicha reducción fue adoptada sin solicitar el concurso de los otros operadores, de la empresa afectada y de los agentes del mercado de las telecomunicaciones, en el marco de un mandato de interconexión saltándose los cargos por defecto fijados a través de reglamentos de carácter normativo.
 - o Posteriormente al emitir la Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo manifestó su voluntad de otorgar preeminencia a un mandato de interconexión respecto de las normas reglamentarias de carácter general, contraviniendo de esta forma la jerarquía normativa existente en nuestro país y violando flagrantemente los contratos de concesión.
 - o Dicha irregularidad no fue corregida, como hubiera correspondido al emitirse la Resolución N° 065-2001-CD/OSIPTEL, norma que aprobó el proyecto de resolución sobre el cargo de terminación que debía entrar en vigencia el 1 de enero del 2002, en el cual OSIPTEL anunció su voluntad de sujetarse estrictamente al esquema de ajustes establecido en el Mandato de interconexión.
 - o Debido a lo anterior, TELEFÓNICA viene cuestionando en la vía pertinente la citada resolución administrativa, como un incumplimiento de parte del Estado Peruano de las estipulaciones contenidas en el Contrato de Concesión.
- La interpretación que el Cuerpo Colegiado hizo en la controversia seguida por TELEANDINA contra TELEFÓNICA del principio de no discriminación es errónea, por lo siguiente:
 - o El Cuerpo Colegiado aplicó el artículo 10° del Reglamento de Interconexión no obstante éste, al señalar que el principio de igualdad de acceso es aplicable a todos los operados de otros servicios que lo soliciten, desnaturalizó lo señalado por el artículo 108° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, según el cual dicho principio sólo opera respecto de operadores de servicios de la misma naturaleza.
 - o Ante tal disconformidad, el Cuerpo Colegiado debió aplicar el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones puesto que los operadores involucrados no competían en los mismos mercados, y por lo tanto el hecho de que se determinará un menor cargo a un operador fijo en nada perjudicaba a los operadores de larga distancia, pues todos ellos seguían manteniendo el mismo cargo y por ende compitiendo en las mismas condiciones.
 - o De otro lado, los hechos discutidos en el referido caso son anteriores a la fijación del cargo tope o por defecto establecidos en la Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL que estableció un cargo unitario.

- No es posible aplicar la fórmula que ha establecido NORTEK en su escrito de demanda a la relación de interconexión que TELEFÓNICA sostiene con ella, pues no se ha realizado acuerdo o negocio alguno con un tercero para determinar un cargo menor. TELEFÓNICA en ningún caso ha firmado o suscrito condiciones más beneficiosas con un operador que no haya aplicado a los demás.

El artículo 25° del Reglamento de Interconexión establece que el principio consagrado en el artículo 7° del referido reglamento sólo se aplicará en caso un operador negocie, acuerde o pacte con un tercer operador condiciones más favorables para su relación de interconexión. Esta situación no puede ser extendida al caso de autos porque ha sido OSIPTEL y no TELEFÓNICA quien ha violado los principios que rigen la interconexión y ha decidido favorecer a un operador en detrimento de los demás, responsabilidad que en todo caso NORTEK debiera reclamar a OSIPTEL y no a TELEFÓNICA.

Por tal motivo, tampoco es aplicable la jurisprudencia puesto que de ella se deriva que la adecuación inmediata es aplicable sólo a los supuestos de nuevos acuerdos de interconexión más beneficiosos y no de mandatos de interconexión más favorables.

- Dada la naturaleza de la presente controversia, el procedimiento de solución de controversias no resulta aplicable. Esta debe de ser resuelta por los órganos de línea de OSIPTEL debido a que en el presente caso no existe una controversia respecto de la regulación existente al aplicar TELEFÓNICA estrictamente el cargo tope por terminación de llamadas en la red fija local vigente fijado por la Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL.

De otro lado, al ser los reglamentos administrativos emitidos en materia de cargos de interconexión tope o por defecto suficientemente claros, sólo cabe expresar lo que se advierte en ellos casi literalmente, por lo que TELEFÓNICA encuentra en el presente caso una divergencia de opiniones entre NORTEK y el Regulador, y no entre NORTEK y TELEFÓNICA, por lo tanto, no es la vía de una controversia la vía pertinente para cuestionar la aplicación del cargo de interconexión tope por defecto, sino el procedimiento establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

V. ANÁLISIS – COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA

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

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

Sobre el particular cabe indicar lo que establece la normativa vigente:

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.”*

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

Por su parte el Mandato N° 001-2001-GG/OSIPTEL, que regula la relación de interconexión entre la red de larga distancia de NORTEK y la red fija de TELEFÓNICA, establece en su artículo 12° que:

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

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

Las normas citadas establecen el derecho de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones de acogerse a los cargos más favorables que su contraparte en una relación de interconexión hubiera pactado con otra empresa, siempre que se trate de interconexiones equivalentes.

En ese sentido, para que nazca el derecho de adecuación deben concurrir los siguientes supuestos: (i) que se acuerde una condición más favorable; y (ii) que se trate de relaciones de interconexión equivalentes.

Con respecto a la primera condición - que se acuerde una condición más favorable- debemos preguntarnos qué sucede en aquellos casos en los que la condición más favorable no ha sido el resultado de un acuerdo de interconexión suscrito por las partes-, sino que se encuentra estipulada en un mandato y, por consiguiente, ésta no se deriva en el sentido más estricto del término de un acuerdo entre las partes.

En opinión de TELEFÓNICA, en tal caso no cabría el derecho de adecuación debido a que la condición más favorable no se habría generado como resultado de un acuerdo de voluntades, sino que habría sido dispuesto por una resolución de OSIPTEL.

Sobre el particular, debe considerarse que la interconexión es una materia de interés público y por consiguiente es obligatoria y constituye una condición esencial de la concesión. Por tal motivo, nuestra regulación ha establecido que en los casos en los que las partes no lleguen a un acuerdo -dentro de los plazos previstos para que negocien entre ellas las condiciones de la interconexión-, que se ajuste a la normativa vigente, el Estado, representado por OSIPTEL, interviene para regular tal relación de interconexión a través de la emisión de un mandato, el cual sustituye al acuerdo de voluntades.

Siendo esto así, queda claro que los contratos y mandatos deben de sujetarse a las mismas normas en cuanto les sean aplicables, no siendo

razonable ni equitativo para las empresas que se apliquen diferentes normas según la relación se derive de un contrato o de un mandato.

En tal sentido y tomando en consideración adicionalmente que el objetivo de la disposición contenida en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión y recogida en el artículo 12° del mandato que regula la interconexión entre NORTEK y TELEFÓNICA, es garantizar el cumplimiento de los principios consagrados en el artículo 7° del Reglamento de Interconexión, y en consecuencia de las normas de interconexión dictadas en función de éstos, resulta claro que las referidas normas deben de aplicarse también en aquellos casos en los cuales las condiciones más favorables constaran en un mandato de interconexión.

Por lo expuesto, la Secretaría Técnica es de la opinión que la adecuación a los cargos más favorables, debe incluir también a aquellos establecidos en virtud a mandatos de interconexión y no sólo a los comprendidos en contratos.

Aclarado el mencionado punto, corresponde determinar qué debe considerarse como interconexión equivalente y, específicamente, si – por lo menos – para efectos del establecimiento del cargo de terminación en red fija, una interconexión entre una red de larga distancia y una de telefonía fija, es equivalente a la interconexión entre dos redes de telefonía fija.

Sobre el particular debe tomarse en consideración lo dispuesto en nuestra legislación sobre el establecimiento de los cargos de interconexión:

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

En virtud de las normas citadas se concluye que:

- a. 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. 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, 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.⁸
- c. Además de lo mencionado, de acuerdo con el numeral 48 antes citado, diferenciar entre llamadas locales y de larga distancia genera distorsiones y arbitrajes que desnaturalizan el objetivo perseguido por este tipo de diferenciaciones. Es decir, no sólo no existe justificación para hacer tal tipo de diferenciación, sino que el hacerla resulta perjudicial para el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- d. 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, y siendo perjudicial para el mercado dicho tipo de diferenciaciones, el cargo de interconexión en ambos casos debería ser el mismo, de conformidad con las normas antes citadas.
- e. Debido a lo expuesto, las relaciones de interconexión entre dos redes de telefonía fija y las relaciones de interconexión entre una red de telefonía fija y una red de larga distancia, en lo relativo al cargo de terminación de llamadas en las redes fijas, son equivalentes.

Debido a lo indicado la relación de interconexión regulada por el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL, resulta equivalente a la establecida mediante el mandato entre TELEFÓNICA y NORTEK, en lo relativo al cargo por terminación en la red fija de TELEFÓNICA, y por lo tanto NORTEK tendría derecho a la adecuación de su mandato a las condiciones más favorables establecidas en el mandato mencionado.

La posición de la Secretaría Técnica expuesta, coincide con la posición que otras instancia de OSIPTEL han adoptado en anteriores oportunidades:

- 1. En la Resolución N° 114-2000-GG/OSIPTEL, mediante la cual se aprobó el contrato de interconexión suscrito entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH en el que las partes pactaron cargos diferenciados para la determinación en la red fija de TELEFÓNICA según la red de la que provinieran las llamadas (red de telefonía fija de BELLSOUTH: US\$0,0168; otras redes: US\$0,029). En dicha resolución se señaló expresamente que el acuerdo relativo al cargo por terminación de llamada en la red de telefonía fija de US\$0,029 si la llamada provenía de o terminara en cualquier otra red, no podía afectar a operadores que no hubieran suscrito el contrato, los mismos que se podían acoger a las mejores prácticas.
- 2. En el Mandato de Interconexión N° 001-2002-CD/OSIPTEL, mediante el cual se reguló la relación de interconexión entre las redes de los servicios portadores la relación de interconexión entre la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de IDT Perú S.R.L. con la red del servicio de telefonía fija local y portador de larga distancia de TELEFÓNICA, en el cual se recogió la tabla de cargos de

⁸ Esto se desprende concordando dicha norma con lo establecido en el artículo 13° del Reglamento de Interconexión, recogido en el numeral 44 de los Lineamientos de Apertura.

originación/terminación de llamadas establecido en el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL.

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

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

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

TELEFÓNICA, sin embargo, al cuestionar la aplicación del criterio establecido en la resolución emitida por el Cuerpo Colegiado en la controversia iniciada por TELEANDINA contra TELEFÓNICA (Expediente N° 004-2001), sostiene que *“(…) los operadores involucrados no competían en los mismos mercados. Por lo tanto, no podían beneficiarse del menor cargo otorgado. Efectivamente, no realizan ofertas al mismo mercado los operadores de redes fijas que los operadores del servicio de larga distancia, por lo tanto, el hecho que se determinara un cargo menor a un operador fijo, independientemente de las consideraciones legales que consideramos avalaban nuestra posición, en nada perjudicaba a los operadores del servicio portador de larga distancia, pues todos ellos seguían manteniendo el mismo cargo y por ende compitiendo en las mismas condiciones.”.*

De lo antes citado, puede concluirse que en opinión de TELEFÓNICA, TELEANDINA – y en el presente caso NORTEK – al ser empresas de larga distancia y no competir con empresas de telefonía fija no tendrían derecho a acogerse al cargo más favorable que TELEFÓNICA pudiera tener con una empresa de telefonía fija.

Al respecto, si bien es cierto que las empresas de larga distancia no compiten en un mismo mercado con las empresas de telefonía fija, la interpretación de TELEFÓNICA deja de lado toda la normativa sobre cargos mencionada, de la cual se desprende no sólo que no hay justificación económica alguna para discriminar entre los cargos de terminación según la red en la cual se originan las comunicaciones, sino que además, una diferenciación como la que plantea TELEFÓNICA (o de tal naturaleza) resulta nociva para el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Por tal motivo dicha consideración no debe ser tomada en cuenta para efectos del análisis del derecho de adecuación al cargo más favorable.

Asimismo, la referida interpretación de TELEFÓNICA deja de lado el hecho de que los servicios en discusión son servicios públicos de telecomunicaciones y, por consiguiente, para su regulación y para la aplicación de la normativa

vigente no debe de tomarse en cuenta únicamente el interés de las empresas involucradas sino también el interés de los usuarios.

Si dos empresas de telefonía fija pactan (o se establece por un mandato) un cargo más favorable para la originación y terminación de sus llamadas en sus redes que los pactados (o establecidos mediante mandato) con operadoras de otros servicios, y dicho cargo es aprobado (o establecido) por OSIPTEL, quiere decir que el referido cargo cumple con las normas vigentes y por consiguiente cubre los costos de la empresa y le permite obtener un margen de utilidad razonable.

En tal sentido, y tomando en consideración que el costo de originación y terminación de llamadas es el mismo sin importar la red en la cual se origine o termine la llamada, el no permitir a los operadores de larga distancia acogerse al cargo más favorable mencionado no crearía una condición más favorable para una empresa en detrimento de una competidora, pero el mayor costo del cargo que se reflejaría en la tarifa del servicio de larga distancia si afectaría al usuario de éste, sin que exista una justificación económica para tal afectación.

Por tal motivo, la Secretaría Técnica no considera arreglada a ley la interpretación de TELEFÓNICA, y mantiene la posición antes expuesta.

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

Habiendo concluido que las relaciones de interconexión mencionadas, en lo relativo a los cargos de terminación en la red fija, resultan equivalentes y por consiguiente, las empresas de larga distancia como NORTEK pueden acogerse a los cargos de interconexión más favorables que su contraparte pudiera tener –en este caso con ATT-, corresponde determinar qué se requiere para que se produzca la adecuación del mandato.

De acuerdo con el artículo 25° del Reglamento de Interconexión, 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).

El artículo 12° del Mandato, recoge tal disposición añadiendo que la adecuación será automática.

En tal sentido, a efecto de determinar los alcances de dichas disposiciones es necesario responder a las siguientes preguntas: (i) ¿Qué debe entenderse por “adecuación automática”? y (ii) ¿Quién debe determinar qué condición es la más favorable para la Empresa C?

De lo expuesto por NORTEK en la presente controversia, se desprende que dicha empresa entiende que por adecuación automática debe entenderse que basta que la Empresa A y la Empresa B pacten condiciones económicas más favorables para la Empresa C para que éstas resulten aplicables a dicha empresa.

Esta interpretación implica que:

- a. La Empresa A deba analizar y determinar qué cargo o condición económica le resulta más favorable a todas y cada una de las

empresas con las cuales tenga una relación de interconexión, cada vez que celebre un contrato de interconexión con una empresa con cargos o condiciones diferentes.

- b. La Empresa A tenga que aplicar a todas las empresas con las cuales tenga una relación de interconexión, las condiciones económicas o cargos que ella considere más beneficiosas, desde la vigencia de éstas.

Una interpretación en este sentido, sin embargo, generaría los siguientes problemas:

- a. *La Empresa A tendría la carga de determinar qué cargos o condiciones económicas resultan más favorables para la Empresa C no obstante: (i) no siempre contará con la información necesaria para determinar qué información resulta más favorable para dicha empresa; (ii) la Empresa C se encuentre en mejores condiciones para realizar tal determinación; y (iii) la Empresa C tenga conocimiento de la celebración del contrato entre la Empresa A y Empresa B, y pueda acceder a la información relativa a los cargos y condiciones económicas necesaria para realizar tal análisis.*

De acuerdo con el artículo 21° del Reglamento de Interconexión existen diferentes modalidades de cargos de interconexión: (i) por tiempo de ocupación de las comunicaciones debidamente completadas y/o volumen de información; (ii) cargos fijos periódicos; y (iii) cualquier modalidad distinta a las anteriores, siempre y cuando el operador que solicite tal modalidad demuestre que ésta es más eficiente que las anteriores.

De otro lado, el artículo 23° del Reglamento de Interconexión, establece la facultad de los operadores de acordar otorgarse descuentos a los cargos de acceso (i) por volumen de tráfico o (ii) por horarios en que éste se cursa.

Es decir, los cargos y demás condiciones económicas a comparar pueden no estar referidos a una misma unidad de medida y, por lo tanto, no ser posible realizar una comparación directa entre los mismos que permita determinar a priori si uno es más beneficioso que otro.

En tal caso, la comparación sólo podría llevarse a cabo conociendo en detalle información interna de la Empresa C, tal como: la estructura de costos, volumen de tráfico por horarios de la Empresa C, expectativas de crecimiento del tráfico, etc., información a la cual la Empresa A no tendría acceso.

Esto implica que la Empresa C se encontraría en mejores condiciones para determinar qué cargos o condiciones económicas le resultan más favorables que la Empresa A.

Sin embargo, para que la Empresa C pueda realizar dicho análisis, se requiere de una condición previa: que dicha empresa tenga o pueda tener conocimiento de la celebración del acuerdo entre la Empresa A y B, y de los cargos y demás condiciones económicas pactados.

Por tal motivo, es necesario determinar si tal condición se cumple de acuerdo con la normativa vigente.

Sobre el particular debe tomarse en consideración lo siguiente:

- 1) Todas las Resoluciones mediante las cuales se aprueban contratos de interconexión son publicadas en el diario oficial "El Peruano", con lo cual la Empresa C puede enterarse oportunamente de la aprobación de contratos de interconexión entre la Empresa A y la Empresa B.⁹
- 2) Las Resoluciones que emite OSIPTEL aprobando contratos de interconexión, suelen contener información relativa a las condiciones económicas pactadas entre la Empresa A y la Empresa B.¹⁰
- 3) El artículo 45° del Reglamento de Interconexión, modificado por la Resolución N° 047-2001-CD/OSIPTEL dispone que OSIPTEL establecerá un Registro de Contratos de Interconexión, en el cual se incluirán todos los acuerdos suscritos por las empresas operadoras relacionados con la interconexión de sus redes o servicios. Este registro será de acceso público.
- 4) Dicho artículo además establece que la información relativa a cargos de interconexión es siempre pública (tanto el anterior, como el vigente).
- 5) Actualmente OSIPTEL publica en su página web, el texto de los contratos de interconexión.
- 6) Todos los mandatos de interconexión se publican en el diario oficial "El Peruano", con lo cual la Empresa C puede enterarse de los mandatos emitidos por OSIPTEL que pudieran contener cargos o condiciones más favorables, y a los que su empresa podría acogerse.

Es decir, de acuerdo con la normativa vigente, la Empresa C se encuentra en condiciones de tomar conocimiento que la Empresa A ha celebrado un acuerdo que le pudiera resultar más favorable, y de acceder a la información relevante.

Debido a lo mencionado, debería ser la Empresa C quien tenga la carga de determinar qué cargo u otra condición económica le resulta más favorable, y comunicarlo a la Empresa A para que ésta se lo aplique.

- b. *La Empresa C podría no estar de acuerdo con la adecuación de su contrato o mandato al cargo o condición económica que la Empresa A consideró más beneficiosa.*

En tal caso, la Empresa C podría reclamar a la Empresa A por haber "modificado" unilateralmente su contrato o mandato, o por haber incumplido las condiciones establecidas en éste.

⁹ Es del caso precisar, que la aprobación por parte de OSIPTEL es condición para la validez de los acuerdos de interconexión.

¹⁰ A manera de ejemplos citamos las siguientes Resoluciones de la Gerencia General de OSIPTEL mediante las cuales se aprueban contratos de interconexión entre diferentes empresas: Nos. 137-2001-GG/OSIPTEL, 123-2001-GG/OSIPTEL, 91-2001-GG/OSIPTEL, 92-2001-GG/OSIPTEL, 93-2001-GG/OSIPTEL, 95-2001-GG/OSIPTEL, 72-2001-GG/OSIPTEL, 73-2001-GG/OSIPTEL, 78-2001-GG/OSIPTEL, 68-2001-GG/OSIPTEL, 68-2001-GG/OSIPTEL, 57-2001-GG/OSIPTEL, 52-2001-GG/OSIPTEL, 181-2000-GG/OSIPTEL, 176-2000-GG/OSIPTEL, 114-2000-GG/OSIPTEL.

- c. *La Empresa A sería responsable por las omisiones o errores que pudiera cometer en la determinación de cargos y otras condiciones económicas más favorables para la Empresa C; mientras que la Empresa C no tendría responsabilidad alguna por no haber manifestado su posición oportunamente.*

La Empresa A, podría omitir aplicar a la Empresa C un cargo o condición económica pactado con la Empresa B por considerar que no le resulta más favorable. Sin embargo, la Empresa C podría no estar de acuerdo.

En tal caso, la Empresa C podría reclamar a la Empresa A que le aplique los cargos o condiciones que la Empresa C considera más favorable, retroactivamente, desde la fecha en que el acuerdo entre la Empresa A y la Empresa B entró en vigencia.

No obstante, haber tenido la Empresa C acceso a la información necesaria para pronunciarse sobre qué cargos o condiciones económicas le resultaban más favorables, dicha empresa no contaría con otro plazo de prescripción para presentar tal solicitud, que el establecido en el Código Civil. Esto generaría una gran inseguridad jurídica lo cual perjudicaría al mercado de los servicios públicos en general.

- d. *Se ampararía la falta de diligencia de la Empresa C, y se asignaría ineficientemente responsabilidades.*

De los puntos anteriores, se infiere que de acuerdo con la interpretación planteada por NORTEK, toda la responsabilidad de determinar qué cargos o condiciones económicas son más favorables para la Empresa C, se estaría imponiendo sobre la Empresa A.

La Empresa C, en tal sentido, no tendría mayores incentivos para actuar diligentemente. Esto es para hacer uso de la información que tiene a su disposición y solicitar a la Empresa A la aplicación de cargos y condiciones que finalmente repercutirán en su favor.

De otro lado, se estaría atribuyendo, de manera poco eficiente las responsabilidades, puesto que se estaría asignando la responsabilidad de determinar qué cargo o condición económica resulta más favorable para la Empresa C, a la Empresa A, quien no siempre contará con la información necesaria para llegar a una conclusión acertada.

Debido a lo expuesto, y tomando en consideración que al interpretar qué se entiende por “adecuación automática” debe llegarse a una conclusión que resulte aplicable para todos los casos¹¹ por cuanto no corresponde distinguir donde la ley no distingue, la Secretaría Técnica considera que por “adecuación automática” no puede entenderse que la Empresa A debe aplicar unilateralmente en su relación de interconexión con la Empresa C el cargo que estime más beneficioso para ésta.

¹¹ Es decir, para los casos en los cuales la comparación entre cargos y condiciones económicas puede realizarse directamente, como aquellos casos en los que no es posible por estar expresados en función a diferentes unidades de medida.

La Secretaría Técnica a efectos de interpretar qué debe entenderse por adecuación automática, además de lo mencionado, considera que debe analizarse el artículo 25° del Reglamento de Interconexión del cual dicha disposición deriva.

El citado artículo 25° establece la obligación de la inclusión en los contratos de interconexión de la cláusula de adecuación de cargos y condiciones económicas, en virtud a los principios a que se refiere el artículo 7° del Reglamento de Interconexión, es decir a los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia.

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

Por su parte el principio de igualdad de acceso, previsto en el artículo 10° del Reglamento de Interconexión, establece la obligación de las empresas operadoras de interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores de otros servicios **que lo soliciten**.

En tal sentido, de los artículos 10° y 25° del Reglamento de Interconexión, se desprende que las empresas operadoras pueden acordar condiciones más favorables con determinadas empresas que las pactadas con otras - siempre y cuando no infrinjan los principios de neutralidad y no discriminación - encontrándose, sin embargo obligadas a brindar dichas condiciones a las empresas que **se lo soliciten**, en cuyo caso sus contratos o mandatos de interconexión se adecuarán a éstas.¹²

En conclusión, en virtud a las normas antes citadas, la Secretaría Técnica considera que por adecuación automática debe entenderse que basta que la Empresa C solicite la adecuación de su mandato o contrato a un cargo u otra condición económica que la Empresa A hubiera pactado con la Empresa B, para que dicho mandato o contrato quede adecuado automáticamente, sin que se requiera de pronunciamiento alguno por parte de la Empresa A, y sin que la Empresa A pueda cuestionar si efectivamente dicho cargo o condición favorece a la Empresa C. Es decir, el efecto de la adecuación automática consiste en eximir a la Empresa C de tener que llegar a un acuerdo de voluntades con la Empresa A para adecuar su mandato o contrato.

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

3. PRECEDENTE: CONTROVERSIAS INICIADAS POR TELEANDINA CONTRA TELEFÓNICA – Expediente N° 004-2001

¹² Esta interpretación se ve corroborada, con el hecho de que OSIPTEL apruebe contratos de interconexión con condiciones menos favorables a las ya otorgadas por una de las partes en el contrato, dejándose a salvo claro, el derecho de la otra parte de solicitar la adecuación de su contrato a dichas condiciones si lo considera conveniente. Por ejemplo: la Resolución N° 109-2000-GG/OSIPTEL mediante la cual se aprobó el contrato de interconexión entre H.H. Telecom S.A. y Telefónica del Perú S.A.A.; y la Resolución N° 115-2000-GG/OSIPTEL mediante la cual se aprueba el contrato de interconexión entre Comunicaciones Ormeño S.A. y Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Móviles S.A.C.

Con respecto al precedente invocado por NORTEK, corresponde precisar que la Secretaría Técnica no lo ha recogido en el presente informe en lo relativo a la interpretación de adecuación automática, debido a (i) no encontrarse de acuerdo con la interpretación realizada en dicha resolución; (ii) y considerar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65° del Reglamento de Controversias, no constituye un precedente de observancia obligatoria por tratarse de una resolución de primera instancia.

4. ARGUMENTOS DE TELEFÓNICA

TELEFÓNICA en su contestación de demanda, sustenta su posición en una serie de argumentos los cuales expondremos y analizaremos a continuación:

a. La determinación de los cargos de terminación y originación establecidos en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL es ilegal.

De acuerdo con lo señalado por TELEFÓNICA en su contestación la Gerencia General de OSIPTEL al emitir el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL, no sólo redujo irregularmente el cargo tope por defecto que había sido previamente fijado por una norma de carácter general emitida por el Consejo Directivo, sino que además, arrogándose una facultad de emitir normas de carácter general que sólo le reconoce al Consejo Directivo, aprobó un esquema de cargos de terminación de llamadas que debía llevar el cargo al primero de junio del 2002 hasta US\$ 0,00960; reduciéndolo en casi 43% en el lapso de dos años. Dicha irregularidad nunca fue corregida por el Consejo Directivo, sino más bien apoyada. Debido a lo mencionado TELEFÓNICA impugnó el referido mandato ante el fuero arbitral luego de agotar la vía administrativa.

Sobre el particular, corresponde precisar que el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL estableció un cargo de interconexión inferior al tope para una relación particular, encontrándose vigente actualmente el cargo tope fijado por la Resolución N°029-2001-CD/OSIPTEL.

De otro lado, debe señalarse que el artículo 192° de la LNPAG - norma aplicable a los mandatos de interconexión - establece que *“Los actos administrativos tendrán carácter ejecutivo, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.”*

En tal sentido, y habiéndose declarado infundada la apelación interpuesta en vía administrativa contra el referido mandato, y no existiendo norma ni mandato judicial que establezca la no aplicación del mandato materia de discusión, ni encontrándose sujeto a condición o plazo alguno conforme a ley, éste se encuentra plenamente vigente y resulta aplicable, no estando el Cuerpo Colegiado facultado para cuestionar su legalidad.

Adicionalmente, con respecto a la vigencia y aplicación del Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL, debe tenerse presente que OSIPTEL mediante Resolución del Consejo Directivo N° 024-2002-CD/OSIPTEL, declaró improcedente la solicitud de TELEFÓNICA para que se disponga la suspensión de los efectos del Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL en lo referido a la aplicación de un cargo de interconexión distinto al cargo tope por terminación de llamada en la red del servicio de telefonía fija local vigente fijado en US\$ 0,0140.

- b. La interpretación del Cuerpo Colegiado en la controversia seguida por TELEANDINA contra TELEFÓNICA (Expediente N° ...) esta errada (i) por haber aplicado el mencionado Cuerpo Colegiado una norma que desnaturalizaba otra de rango superior, y (ii) debido a que los hechos discutidos en el referido caso son anteriores a la fijación del cargo tope mediante la Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL.*

En lo referido al primer punto, TELEFÓNICA sostiene que el Cuerpo Colegiado debió de haber aplicado el artículo 108° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, en el cual se establece la obligación de interconectarse en igualdad de condiciones con todos los operadores de servicios de la misma naturaleza que lo soliciten, y no el artículo 10° del Reglamento de Interconexión en el cual se establece la obligación de interconectarse en condiciones de igualdad con todos los operadores de otros servicios que lo soliciten.¹³

Al respecto, la Secretaría Técnica se remite a lo expuesto en el punto V numeral 1 del presente informe respecto a la equivalencia entre los operadores de telefonía fija y los operadores de larga distancia en lo referido a la aplicación del cargo de terminación en la de telefonía red fija, así como a lo señalado respecto de la normativa vigente sobre regulación de cargos y el interés de los usuarios.

Con relación al segundo punto, se precisa que la emisión de la Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL en nada afecta el análisis realizado en los puntos precedentes.

- c. De otro lado, la jurisprudencia citada no es aplicable porque de ella se deriva que la adecuación inmediata es aplicable sólo a los supuestos de nuevos acuerdos mas beneficiosos y no de mandatos de interconexión mas favorables.*

La jurisprudencia citada señaló que el mandato de TELEANDINA se había adecuado automáticamente precisamente a las condiciones más favorables establecidas en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL, por lo que no es cierto lo señalado por TELEFÓNICA. Adicionalmente, nos remitimos a lo señalado en el punto V numeral 1 del presente informe.

- d. El procedimiento de controversias no es la vía que corresponde porque no existe discrepancia entre NORTEK y TELEFÓNICA, sino entre NORTEK y OSIPTEL.*

Con relación a este punto no corresponde a la Secretaría Técnica pronunciarse por no estar referido a la comisión de las infracciones imputadas.

5. COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN POR PARTE DE TELEFÓNICA

¹³ El primer párrafo del Artículo 108° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, según el cual: “La interconexión de las redes de los 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.”

Por su parte el artículo 10° del Reglamento de Interconexión señala que, “En virtud del principio de igualdad de acceso, los concesionarios u operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para **todos los operadores de otros servicios** que lo soliciten.”

Habiéndose determinado el derecho de NORTEK de adecuarse a las condiciones más favorables establecidas en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTel, así como la forma mediante la cual puede ejecutar dicho derecho, corresponde determinar si el mandato que regula la relación de interconexión entre NORTEK y TELEFÓNICA efectivamente se ha adecuado al cargo más favorable establecido en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTel, para luego determinar si TELEFÓNICA ha incurrido en la infracción imputada.

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

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

De acuerdo con lo señalado en los puntos precedentes, para efectos de ejecutar su derecho de adecuación al cargo más favorable establecido en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTel es necesario que NORTEK solicite a TELEFÓNICA tal adecuación, bastando la remisión de una comunicación para que su mandato quede adecuado automáticamente a partir de la fecha en que dicha comunicación se realice, no teniendo ésta efectos retroactivos.

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

En tal sentido, y tomando en consideración que NORTEK no ha solicitado a TELEFÓNICA la adecuación, y en tanto el Cuerpo Colegiado no se pronuncie sobre la solicitud de NORTEK requiriendo a TELEFÓNICA dicha adecuación, el mandato materia de la presente controversia, no se habría modificado y en consecuencia, TELEFÓNICA no habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 35° del Reglamento de Infracciones – aplicar cargos mayores a los determinados por la autoridad o por las partes de un contrato de interconexión, o mayores a los publicados o hechos de conocimiento público o mayores a los comunicados a OSIPTel – al no haber aplicado los cargos establecidos en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTel.

VI. CONCLUSIONES

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

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12° del mandato que regula la relación de interconexión entre la red de larga distancia de NORTEK y la red de telefonía fija de TELEFÓNICA, y de conformidad con la normativa vigente citada anteriormente, NORTEK tiene derecho de adecuar su mandato a los cargos de originación/terminación de llamadas más favorables establecidos en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTel, para lo cual basta con solicitar a TELEFÓNICA tal adecuación, no contando dicha solicitud con efectos retroactivos.
2. De la información comprendida en el expediente, se desprende que NORTEK no ha solicitado a TELEFÓNICA la referida adecuación. En lugar de ello, ha solicitado al Cuerpo Colegiado que efectúe dicho requerimiento. En tal sentido, al no haber solicitado a TELEFÓNICA la adecuación, y no haberse pronunciado el Cuerpo Colegiado sobre tal pretensión requiriendo a

TELEFÓNICA la adecuación, el mandato que regula la relación de interconexión entre NORTEK y TELEFÓNICA no se ha modificado, y en consecuencia TELEFÓNICA no habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 35° del Reglamento de Interconexión, al no haber aplicado los cargos establecidos en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL.

Ana Rosa Martinelli
Gerente de Relaciones Empresariales