

Expediente 003-2000

RESOLUCIÓN N° 028-CCO-2000

Lima, 30 de noviembre de 2000.

El Cuerpo Colegiado Ordinario a cargo de la controversia entre BELLSOUTH PERO S.A. (en adelante BELLSOUTH) y COMPAÑIA TELEFONICA ANDINA S.A. (en adelante TELEANDINA) a fin de que esta última abone a la primera las sumas devengadas y los intereses correspondientes por el supuesto ingreso de tráfico a su red pública de telefonía móvil sin contar con contrato de interconexión vigente.

VISTOS

El expediente número 003-2000, en los seguidos por BELLSOUTH contra TELEANDINA a fin de que esta última le abone las sumas devengadas y los intereses correspondientes por el supuesto ingreso de tráfico a su red pública de telefonía móvil sin contar con contrato de interconexión vigente.

CONSIDERANDO:

I. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Que, con fecha 13 de abril de 2000 BELLSOUTH demandó a TELEANDINA por ingresar tráfico a su red de telefonía móvil sin contar con contrato de interconexión vigente a fin de que (i) le abone las sumas devengadas durante el periodo comprendido entre que ingresó el tráfico a su red, hasta el momento en que dejó de hacerlo; y, (ii) le abone los intereses de ley que correspondan.

Que, BELLSOUTH alega lo siguiente:

1. Que, si bien BELLSOUTH y TELEANDINA estuvieron negociando la interconexión de la red de telefonía móvil de la primera, con la red portadora de larga distancia de la segunda, las negociaciones no concluyeron, por lo que a la fecha no existe una relación de interconexión entre dichas empresas.
2. Que, no obstante, TELEANDINA ha terminado llamadas en la red móvil de BELLSOUTH a través del transporte conmutado prestado por TELEFÓNICA, sin haberle retribuido por el uso de su red.

Que, ello ha sido reconocido por TELEANDINA al sostener en su demanda contra TELEFÓNICA (Expediente 002-2000) que esta última interrumpió el servicio de transporte conmutado hacia la red móvil de BELLSOUTH.

3. Que, TELEANDINA está obligada a pagar un cargo por terminación en la red móvil de BELLSOUTH, en virtud al segundo párrafo del artículo 13 o del Reglamento de Interconexión, aprobado por Resolución 198-CD/OSIPTEL, según el cual las partes están obligadas a pagarse cargos por utilización de sus redes.
4. Que, durante el proceso de negociaciones entre BELLSOUTH y TELEANDINA, BELLSOUTH solicitó US\$ 0,207 como cargo de terminación, el cual equivale al cargo predeterminado por OSIPTEL mediante Mandato N° 002-99-GG/OSIPTEL de fecha 7 de diciembre de 1999, que regula la interconexión entre las redes de larga distancia de Nortek Communications S.A.C., la red fija de TELEFÓNICA y la red móvil de Telefónica Móviles S.A.C. (en adelante TELEFÓNICA MÓVILES).

5. Que, BELLSOUTH tiene a la fecha contratos de interconexión cerrados con el cargo de terminación en su red móvil de US\$0.207, como es el caso del contrato de interconexión firmado entre BELLSOUTH y TELEFÓNICA MÓVILES del 26 de julio de 2000.
6. Que, los contratos de interconexión que BELLSOUTH mantiene con TELEFÓNICA, y por ende los sistemas de liquidación y facturación de tráfico, en particular el sistema de liquidación 25/75, fueron negociados años atrás, en donde era clara la asimetría en la capacidad de negociación de las partes.
7. Que, el sistema de repartición de ingresos 25/75 tiende a desaparecer encaminándose a un sistema de cargo de terminación en red, tendencia que es recogida y exigida por OSIPTE-L en sus normas de interconexión, por cuanto conlleva una serie de dificultades en su aplicación, siendo la principal el hecho de que es el propio operador que percibe el 75% de los ingresos quien fija la tasa contable a aplicarse para la liquidación.
8. Que, es necesaria la existencia de un acuerdo de interconexión previo, de acuerdo con loS siguientes fundamentos:
 - a. De acuerdo con los artículos 3 o del Reglamento de Interconexión y 5 o y 11° de la Resolución 014-99-OSIPTEL, Normas Complementarias en Materia de Interconexión (en adelante Normas Complementarias), si bien para que se brinde el servicio de transporte conmutado no se requiere la existencia de un contrato de interconexión, sí es requisito que exista un acuerdo entre las partes, el cual debe ser aprobado por OSIPTEL.
 - b. Mediante la Resolución 68-99-GG/OSIPTEL, OSIPTEL aprobó la interconexión entre BELLSOUTH y NEXTEL a través del transporte conmutado brindado por TELEFÓNICA, lo cual confirma la necesidad de la existencia de un acuerdo de interconexión entre las partes.
 - c. En el inciso c.2) del Mandato 002-2000- GG/OSITEL- que regula la relación de interconexión entre la red portadora de larga distancia de Full Line S.A. con la red fija de TELEFÓNICA y la red móvil de Telefónica Móviles S.A. -se establece que a efectos de que FULL LINE utilice el servicio de transporte conmutado "deberá existir un acuerdo previo entre éste último y el tercero al cual se encuentra dirigido el tráfico. "
9. Que, el Cuerpo Colegiado no debe favorecer la conducta ilegítima de TELEANDINA, concediéndole lo alegado por ésta, ya que el actuar de TELEANDINA es contrario a las disposiciones legales en materia de telecomunicaciones, y estas actitudes deben ser sancionadas para preservar la transparencia del mercado de telecomunicaciones en el país.
10. Que, en relación al pago de intereses, es de aplicación el artículo 1333°, inciso 4 del Código Civil -según el cual no es necesaria la intimación para que la mora exista, cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor- por cuanto BELLSOUTH recién pudo detectar el tráfico ingresado ilegítimamente en su red tiempo después que el hecho ocurriera por causa imputable a TELEANDINA

Que, TELEANDINA contesta la demanda allanándose al primer punto de la demanda mediante la cual BELLSOUTH solicita se le abonen las sumas devengadas durante el

periodo antes mencionado; y, contradice el segundo punto de la demanda, mediante el cual BELLSOUTH solicita se le pague los intereses de ley que correspondan.

Que, con relación al primer punto de la demanda, TELEANDINA, precisa lo siguiente:

1. Que, debe liquidarse el tráfico de llamadas de larga distancia entregadas por esta empresa y terminadas en la red móvil de BELLSOUTH a través de TELEFÓNICA, bajo la modalidad de transporte conmutado.
2. Que, la liquidación debe realizarse de conformidad con el artículo 5° de las Normas Complementarias, y del numeral 3, Anexo 2 de las Condiciones Económicas del Mandato de Interconexión aprobado por Resolución N° 001-2000-GG/OSIPTEL (en adelante el MANDATO).

Que, Con relación al segundo punto, relativo a los intereses, TELEANDINA fundamenta su posición en virtud a lo siguiente:

1. Que; de acuerdo con el Código Civil y con lo expuesto por BELLSOUTH los intereses cuyo pago solicita son intereses moratorios, los cuales sirven para indemnizar la mora en el pago
2. Que, para que se generen intereses moratorios, el deudor debe ser constituido en mora, para lo cual, de acuerdo con el artículo 1333° del Código Civil, el acreedor debe requerir el cumplimiento de la obligación judicial o extrajudicialmente, salvo que el deudor hubiera manifestado por escrito su negativa a cumplir.
3. Que, en el presente caso, TELEANDINA no ha sido requerida judicial ni extrajudicialmente, ni se ha negado cumplir con su obligación, por lo que no ha sido constituido en mora, y entonces, no se han generado intereses moratorios.
4. Que, el proceso de liquidación está previsto en el MANDATO y autoriza expresamente a TELEFÓNICA ya TELEANDINA para que ésta liquide con aquella y a su vez TELEFÓNICA liquide con BELLSOUTH, debiendo pagar TELEANDINA el monto del tránsito conmutado a TELEFÓNICA cuyo cargo por minuto asciende a la suma de US\$ 0.016.
5. Que, no se requiere que BELLSOUTH y TELEANDINA hayan acordado un cargo de terminación en la red móvil de la primera
6. Que, al no haberse acordado el mencionado cargo debe aplicarse el cargo acordado entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH, en aplicación del principio de igualdad de acceso - recogido en el artículo 10° del Reglamento de Interconexión, artículo 71° de la Ley y 108° del Reglamento de la Ley de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo 6-94- TCC.

Que, adicional mente a lo antes señalado, TELEANDINA manifiesta en su escrito de alegatos que si bien es cierto que ha ingresado tráfico internacional a la red móvil de BELLSOUTH vía transporte conmutado a través de TELEFÓNICA, también es cierto que ha quedado demostrado en la etapa probatoria que BELLSOUTH ya le ha cobrado a TELEFÓNICA el tráfico entregado por TELEANDINA de acuerdo con las reglas sobre tratamiento del tráfico, liquidación y pago pactadas entre la demandada y TELEFÓNICA.

Que, TELEANDINA sustenta lo mencionado en virtud a que BELLSOUTH no puede discriminar tráficos de terceros y solamente determinar el tráfico que le entrega TELEFÓNICA, de lo que se desprende necesariamente que los minutos entregados por TELEANDINA a TELEFÓNICA y terminados en la red de BELLSOUTH, fueron conciliados,

liquidados y, se entiende que pagados por TELEFÓNICA a BELLSOUTH de acuerdo a las condiciones pactadas entre ambas empresas respecto de las tarifas y liquidaciones estipuladas en la cláusula novena del Contrato de Interconexión de fecha 27 de abril de 1990, suscrito entre ENTEL (ahora TELEFÓNICA) y Tele Móvil S.A. y la Empresa Difusora Radio Tele S.A. (que posteriormente serían TELE 2000), y ratificadas por el.

Que, señala TELEANDINA, es posible acreditar lo antes mencionado mediante las actas de liquidación presentadas por BELLSOUTH anexas a su escrito N° 7 de fecha 14 de agosto de 2000.

II. PUNTOS CONTROVERTIDOS

Que, de acuerdo con la Resolución N o 004-CCO-2000 y con lo resuelto en la Audiencia Pruebas celebrada el 23 de junio de 2000, los puntos controvertidos materia de la presente controversia son los siguientes:

- Determinar el monto que TELEANDINA debe abonarle a BELLSOUTH por concepto de terminación de tráfico en su red móvil en el periodo comprendido desde que TELEFÓNICA empezó a terminar tráfico de TELEANDINA en la mencionada red, hasta que lo suspendió, o el procedimiento de cálculo para determinar dicho monto.
- Determinar si corresponde el pago de intereses, y en este caso, desde cuando ya qué tasa.

III. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. Pago por concepto de terminación en la red de BELLSOUTH

a. El efecto del Allanamiento

Que, según se ha señalado precedentemente, TELEANDINA, en su escrito N° 2 de contestación a la demanda, se allanó a la pretensión de BELLSOUTH de que le abone las sumas devengadas durante el periodo comprendido desde que TELEANDINA empezó a terminar minutos en la red móvil de BELLSOUTH, hasta que TELEFONICA suspendió el transporte conmutado.

Que, de conformidad con el artículo 330° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente de conformidad con la Segunda Disposición Final del Reglamento General para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, aprobado por Resolución N° 027-99-CD/OSIPTEL (en adelante el Reglamento de Controversias), mediante el allanamiento el demandado acepta la pretensión dirigida contra él, sin admitir la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta. (1)

Que, la doctrina indica que el “(...) allanamiento es el acto jurídico procesal que importa la sumisión expresa a las pretensiones formuladas por la parte contraria (que) quien se allana se somete a la pretensión planteada en su contra,

(1) Cabe diferenciar el allanamiento de la figura del reconocimiento en la que el demandado, además de aceptar la pretensión, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta, lo cual 110 ha ocurrido el 1 el presente caso debido a que, independientemente a que TELEANDINA señale que no está obligada a pagar a BELLSOUTH, ha procedido a aceptar la pretensión.

abandonando, en consecuencia, toda oposición o defensa posible (y que el allanamiento) puede representar un simple sometimiento o subordinación a las pretensiones dirigidas en su contra, cumpliendo sí los deberes emergentes de ellas, pero por cuestiones prácticas o de utilidad, no porque esté convencido del fundamento invocado o de acuerdo con su legitimidad” (2) (el subrayado es nuestro).

Que, en tal sentido, al haberse allanado a la mencionada pretensión, TELEANDINA ha aceptado pagar a BELLSOUTH -y no a TELEFONICA- por el tráfico terminado en la red móvil de esta última, tráfico que ha sido cursado a través de TELEFONICA utilizando la interconexión indirecta.

Que, en consecuencia, corresponde a este Cuerpo Colegiado determinar el monto que TELEANDINA deberá pagar a BELLSOUTH por el tráfico terminado en su red móvil o la correspondiente fórmula de cálculo, sin analizar la existencia o inexistencia de la obligación de pago ni si TELEANDINA debe hacer el respectivo pago a TELEFÓNICA o a BELLSOUTH;

Que, la afirmación de TELEANDINA de que TELEFÓNICA ha pagado a BELLSOUTH por los minutos terminados por TELEANDINA en su red móvil, no resulta pertinente puesto que, como se ha señalado, el allanamiento de TELEANDINA supone la renuncia expresa de ésta a ejercer el derecho de defensa o contradicción respecto a la pretensión (3)

Que, en tal sentido, resulta improcedente toda alegación de TELEANDINA tendiente a contradecir el petitorio de BELLSOUTH respecto del cual se allanó, porque el principal efecto de su allanamiento es la obligación unilateral de TELEANDINA de pagar a BELLSOUTH el monto que se determine en la presente Resolución.

Que, de cualquier forma, TELEANDINA no ha acreditado que TELEFÓNICA pagó a BELLSOUTH por el tráfico de aquélla, por lo que se trata de un simple dicho de una de las partes que no puede ser tomado en cuenta en virtud de lo establecido por el artículo 196° del Código Procesal Civil.

Que, ello es así en razón de que los documentos en los que TELEANDINA sustenta su afirmación no sólo no han sido admitidos por el Cuerpo Colegiado como medios probatorios, por resultar extemporáneos e improcedentes⁴, sino que, además, no tienen la virtud de acreditar la realización del pago por parte de TELEFÓNICA a BELLSOUTH por el tráfico de TELEANDINA.

(2) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto; Formas Especiales de conclusión del Proceso. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 109.

(3) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto; op. cit.; p. 110

(4) Resulta claro que con el allanamiento de TELEANDINA la obligación de pago dejó de ser un punto controvertido en el presente procedimiento, por lo que, de conformidad con el artículo 190° del Código Procesal Civil, todo medio probatorio que tienda a establecer hechos no controvertidos son improcedentes.

Que, finalmente, en el momento de efectuar las liquidaciones de tráfico ordenadas por este Cuerpo Colegiado y en la segunda sesión de Audiencia de, Pruebas en la que participó, TELEFONICA no ha alegado haber pagado a BELL SOUTH por el tráfico de TELEANDINA.

Que, sin perjuicio de lo señalado, el presente allanamiento no afecta la opción de TELEANDINA de poder elegir con quien liquida el tráfico que pueda cursar en el futuro vía transporte conmutado hacia la red móvil de BELL SOUTH , puesto que se limita a la pretensión de BELL SOUTH expresada en su demanda, es decir al periodo comprendido desde que TELEFÓNICA empezó a terminar tráfico de TELEANDINA en la red de BELL SOUTH, hasta que lo suspendió.

b. Determinación del monto a pagar

Que, a efectos de determinar el monto o la fórmula para calcular el cargo de terminación, resulta necesario determinar (i) el cargo aplicable; y, (ii) el número de minutos de tráfico cursado.

(i) Cargo Aplicable

Que de conformidad con el artículo 3° del Reglamento de Interconexión, *"La interconexión es el conjunto de acuerdos y reglas que tienen por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por un operador puedan comunicarse con los usuarios de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza, según la clasificación legal correspondiente, prestados por otro operador. "*

Que el artículo 109° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece que el contrato de interconexión debe contener, entre otros aspectos, las condiciones tarifarias y económicas de la interconexión.

Que, de conformidad con el artículo 111° del Reglamento de la ley de Telecomunicaciones, a falta de acuerdo entre las partes dentro de un plazo de sesenta (60) días sobre los términos y condiciones de la interconexión, corresponde a OSIPTEL expedir un mandato de interconexión, mandato que sustituye la voluntad de las partes.

Que, según lo anterior, sea a través de un contrato de interconexión o de un mandato, los aspectos económicos de la interconexión, es decir, los cargos de interconexión, deben existir.

Que el artículo 5° las Normas Complementarias establece que en *"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. "*

'Que dicha norma establece asimismo que *"El transporte conmutado es una instalación esencial de la interconexión (...)"*.

Que, entonces, el transporte conmutado, al constituir una instalación esencial de la interconexión, forma parte de ésta.

Que si el transporte conmutado forma parte de la interconexión e independientemente de cuál sea el operador con el que corresponda negociar el cargo de terminación y con qué operador corresponda realizar la

liquidación, resulta indispensable que, además del cargo por el servicio de transporte conmutado, exista un cargo de terminación en la tercera red.

Que el artículo 5° de las Normas Complementarias establece en su segundo párrafo que en la relación entre los distintos operadores concesionarios enlazados a través del transporte conmutado no requerirá necesariamente de un contrato de interconexión. Para dicho efecto bastará Con que exista interconexión entre el operador que provee el transporte conmutado con cada uno de los operadores cuyas redes enlaza. "

Que deriva del artículo 5° de las Normas Complementarias antes transcrito, que entre el operador que entrega las llamadas de larga distancia - TELEANDINA- y el tercero en cuya red terminen dichas llamadas - BELLSOUTH- puede existir o no un contrato de interconexión.

Que debe determinarse, de todas formas, si en los casos en que se opte por la no celebración de un contrato de interconexión, sigue siendo necesaria la celebración de un acuerdo entre el operador que entrega las llamadas de larga distancia -TELEANDINA- y el tercero que las termina - BELLSOUTH- destinado a establecer al cargo de terminación.

Que cuando el texto del artículo 5° de las Normas Complementarias, alude a la falta necesidad de celebración de un contrato de interconexión, no exceptúa de tal disposición al acuerdo referido al cargo de terminación, por lo que no puede sostenerse que, a pesar de que la norma permite que no se celebre un contrato de interconexión, exija, sin embargo -y de manera tácita- un acuerdo comercial entre el originador o el operador que realiza el transporte de larga distancia y el tercero que termina las llamadas, destinado a establecer el cargo de terminación.

Que lo anterior se corrobora con la regla interpretativa de que "no cabe distinguir donde la ley no distingue", quedando entonces descartada la interpretación BELLSOUTH referida a la distinción entre el contrato de interconexión y el acuerdo de interconexión ya la supuesta exigencia legal de un acuerdo de interconexión, pese a haber excluido expresamente la celebración de un contrato.

Que, de cualquier forma, la distinción entre contrato y acuerdo ha sido efectuada por un sector de la doctrina que, además hace una distinción diferente a la de TELEFÓNICA y BELLSOUTH, señalando que HEJ acuerdo (en sentido normativo) no es propiamente un contrato sino un reglamento convencional en el que las partes fijan las pautas a las cuales se van a ceñir sus futuras relaciones, de manera tal que las obligaciones no surgen por razón del acuerdo sino cuando se constituyan tales relaciones mediante sendos contratos. " (De la Puente y Lavalle Manuel; El Contrato en general; Primera Parte, Tomo I; p.71; Pontificia Universidad Católica del Perú.

Que tal distinción no aplica al Código Civil peruano, el que en su artículo 1351 ° define el contrato como un "acuerdo de voluntades.

Que, aún cuando los términos acuerdo y contrato hayan sido distinguidos por la doctrina, ni las normas del Código Civil, ni los dispositivos legales y reglamentarios sobre la interconexión distinguen entre contratos y acuerdos ni entre contratos de interconexión y acuerdos de interconexión, utilizándose ambas expresiones de manera indistinta.

Que ese es por ejemplo el caso del artículo 39° del Reglamento de Interconexión que señala que "El OSIPTEL podrá objetar con expresión de causa los contratos (...) [y] (...) podrá requerir a las partes contratantes (...) para que revisen el acuerdo que entre ellas hubieren convenido (...)U y del artículo 12° de las Normas Complementarias que señala que "Las partes negociarán los acuerdos de orden técnico (...) los mismos que deberán ser contemplados en los respectivos contratos de interconexión. ".

Que el trato unitario entre acuerdo y contrato de interconexión queda corroborado con lo dispuesto por el artículo 11° de las Normas Complementarias, norma que, con el objeto de impedir distingos artificiales y la consecuente elusión de información al Regulador por parte de los operadores, ordena considerar a todos los acuerdos relativos a la interconexión como verdaderos acuerdos de interconexión, señalando que "Sin perjuicio de la denominación que las partes les confieran (...)",

Que lo anterior no resulta opuesto a la ley ni a las normas reglamentarias que tratan a la interconexión como un conjunto de acuerdos, puesto que el artículo 5° de las Normas Complementarias permite, no la existencia de una interconexión sin acuerdo o contrato, sino la aplicación a un tercer operador -TELEANDINA- de las reglas de un contrato de interconexión celebrado entre otros dos operadores.

Que, de acuerdo con lo anterior, el hecho que el artículo 5° de las Normas Complementarias permita la no celebración de un contrato o acuerdo de interconexión entre el que realiza el transporte de larga distancia - TELEANDINA- y el operador de la tercera red en la cual termina la llamada - BELLSOUTH- no puede sino significar que todos los términos del contrato de interconexión celebrados entre el proveedor de transporte conmutado - TELEFÓNICA- y el que termina la llamada - BELLSOUTH- deben ser aplicables a la relación entre el operador que realiza el transporte de larga distancia -TELEANDINA- y el operador que termina la llamada - BELLSOUTH-.

Que el hecho que BELLSOUTH haya celebrado con NEXTEL un contrato para la fijación de un cargo de terminación en su red móvil para las llamadas de NEXTEL cursadas a través del transporte conmutado prestado por TELEFÓNICA no es impedimento para considerar que en el caso de TELEANDINA es de aplicación el cargo de terminación acordado entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH puesto que el artículo 5° de las Normas Complementarias no prohíbe la existencia de un contrato de interconexión entre el originador u operador que transporta la llamada nacional o internacional y el tercero, sino que lo considera innecesario.

Que el hecho que OSIPTEL haya establecido en determinados Mandatos, que corresponde al operador de larga distancia negociar el cargo de terminación con el operador de la tercera red, no constituye impedimento para que este Cuerpo Colegiado concluya que es de aplicación a las llamadas de TELEANDINA que terminan en la red de BELLSOUTH a través del transporte conmutado de TELEFÓNICA, las reglas de interconexión entre estas dos últimas operadoras, dado que los mandatos emitidos por OSIPTEL no constituyen -ni pueden constituir- precedentes de aplicación obligatoria.

Que por lo antes señalado, es decir, porque se aplica a TELEANDINA la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH, el cargo que

debe pagar TELEANDINA por la terminación de sus llamadas en la red móvil de BELLSOUTH debe ser el mismo que el cargo que paga TELEFÓNICA a BELLSOUTH por la terminación de sus propias llamadas en dicha red móvil.

Que lo anterior no constituye una mera interpretación literal de la normativa vigente, sino que tiene un sustento en el principio de eficiencia económica, el que, aplicado al presente caso fuerza a considerar que resulta más eficiente que en casos de transporte conmutado con un volumen de llamadas poco significativo, el operador que efectúa el transporte conmutado trate la llamada del originador u operador que realiza el transporte de larga distancia como una propia y que, entonces, este último se acoja al cargo pactado por el operador que realiza el transporte conmutado con el tercero.

Que eso es así debido a que la lógica económica de la interconexión es la de evitar la duplicidad de inversiones en una red o infraestructura ya instalada por otro operador, de forma tal que los costos fijos puedan ser repartidos entre varios operadores, lo que permite disminuir el costo promedio por minuto del tráfico cursado, beneficiando de esta manera el desarrollo del mercado y con ello al usuario.

Que lo anterior resulta aún más importante si se considera que la interconexión indirecta beneficia a la sociedad puesto que, requerir la celebración de un acuerdo con el tercer operador importaría exigir a cualquier entrante la suscripción de tantos contratos de fijación de cargo como operadores existan en el mercado.

Que, exigir la celebración de contratos de interconexión con los diversos operadores pone en cuestión la necesidad misma del transporte conmutado.

Que tal exigencia implicaría no otra cosa que la imposición de una barrera de entrada, es decir, "una condición que vuelve, a los costos de largo plazo de un nuevo participante a un mercado, mayores que los costos de largo plazo de las empresas existentes en el mercado" (Posner, Richard; El análisis económico del Derecho; pag.297; Fondo de Cultura Económica).

Que lo anterior no resulta ajeno a la práctica internacional, como lo demuestra la Resolución de fecha 7 de octubre de 1999 emitida por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de España (CMT) en el procedimiento seguido entre TELEFÓNICA de España y RSL Com que señala que "(...)no cabe establecer un filtro en las llamadas que TELEFÓNICA entrega a RSL Com. para su terminación en razón del origen de las llamadas (...) RSL Com habrá de aceptar todas las llamadas provenientes del tercer operador Que use a TELEFÓNICA como tránsito. como si viniera de la propia TELEFÓNICA (...)". (Subrayado agregado).

Que, en conclusión, los contratos de interconexión celebrados entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH, al regular el cargo de terminación de las llamadas cursadas por TELEFÓNICA a la red móvil de BELLSOUTH, deben igualmente regular el cargo de terminación que corresponda pagar a TELEANDINA por el mismo concepto.

Que, según lo anterior, se debe tomar en consideración el cargo pactado entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH vigente en el periodo materia de la controversia, es decir enero y febrero de 2000.

Que, en su escrito de fecha 2 de octubre de 2000, BELLSOUTH indica que, en aplicación de lo establecido en la cláusula Cuarta del Anexo V del Contrato de Interconexión del 15 de junio de 1999 (para el caso de provincias) celebrado con TELEFONICA, hasta la fecha ha venido liquidando el tráfico internacional entrante de la red de dicha empresa a su red móvil, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula novena del contrato de interconexión del 27 de abril de 1990.

Que, de acuerdo con dicha cláusula y tomando en consideración las actas de liquidación presentadas por BELLSOUTH (5) anexas a su escrito de fecha 26 de junio de 2000, así como la información presentada por TELEFÓNICA mediante carta N° GGR-127-A-3018-00, la fórmula de liquidación empleada por la mencionada empresa y TELEFÓNICA (en adelante la Fórmula) es la siguiente:

$$P_{85} = 0.25 [T \times TCP]$$

En donde:

P_{85} = Monto correspondiente a BELLSOUTH por concepto de terminación de llamadas.

T = Total de minutos de tráfico terminados en la red de BELLSOUTH en el mes

TCP = Tasa contable ponderada pactada por TELEFÓNICA con el operador extranjero, correspondiente al mes en cuestión.

Que, la Fórmula, resulta de aplicación a Lima y Callao, de conformidad con lo indicado por BELLSOUTH en su escrito del 2 de octubre de 2000

(ii) Minutos de Tráfico Cursados

Que, a fin de determinar el total de minutos de tráfico cursado por TELEANDINA a la red móvil de BELLSOUTH, se solicitó a TELEFÓNICA y

(5) Si bien la información contenida en las mencionadas actas fue declarada reservada mediante Resolución 008-CCO-2000, la información relativa a la fórmula que emplean las partes para liquidar sus minutos no puede ser considerada reservada de acuerdo con lo establecido en el artículo 45° del Reglamento de Interconexión según el cual "La información referida a cargos y puntos de interconexión tendrá siempre el carácter de pública, no pudiendo ser calificada como reservada."

TELEANDINA la exhibición de (i) los call records por el periodo comprendido desde que TELEFÓNICA empezó a terminar tráfico de TELEANDINA en la red móvil de BELLSOUTH hasta que lo suspendió; y, (ii) la exhibición de la información resumida del tráfico cursado en el periodo antes mencionado. El Cuerpo Colegiado Ordinario eximió a BELLSOUTH de la exhibición de la mencionada información por haber manifestado esta empresa no disponer de la misma.

Que, este Cuerpo Colegiado propuso un procedimiento a efectos de realizar la conciliación, el cual fue aprobado por las partes, siendo el resultado de la aplicación de éste, de conformidad con la Resolución N° 014-CCO-2000 el siguiente:

"El tráfico total de Compañía Telefónica Andina S.A. cursado Perú S.A.A. empezó a terminar dicho tráfico en la red móvil de BellSouth Perú S.A. hasta que lo suspendió es de **58,886.735** (cincuenta y ocho mil ochocientos ochenta y seis con 735/1 00) **minutos.**" (6)

Que, no obstante haberse determinado el monto total de minutos terminados en la red de BELLSOUTH, resulta necesario desagregar dicho monto tomando en consideración los meses en que se cursó el tráfico a fin de aplicar la Fórmula, debido a que la tasa contable ponderada puede variar mes a mes.

Que, en tal sentido, resulta necesario realizar nuevamente la conciliación, aplicando el procedimiento aprobado por las partes y que está expresado en la Resolución N° 011-CCO-2000 (en adelante el Procedimiento de Conciliación):

Conciliación del Mes de Enero de 2000

- **Tráfico presentado por TELEANDINA**
El total de tráfico presentado por TELEANDINA para el mes de enero de 2000 es de 4,012.68 (cuatro mil doce con 68/100) minutos.
- **Tráfico presentado por TELEFÓNICA**
El total de tráfico presentado por TELEFÓNICA para el mes de enero de 2000 es de 4,119.00 (cuatro mil ciento diecinueve con 00/100) minutos
- **Discrepancia entre los Tráficos**
La diferencia absoluta entre los tráficos presentados por ambas empresas es de 106.32 (ciento seis con 32/100) minutos, la cual

(6) resolución O 14-CCO-2000.

representa, en términos relativos con respecto a TELEANDINA, una discrepancia de **2.650%**.

Esta discrepancia es mayor que 1 % por lo que, de acuerdo Con el numeral 2 del Procedimiento de Conciliación, se debe realizar una conciliación detallada, comparando día por día loS resúmenes diarios presentados por las partes.

- **Conciliación Diaria**

De conformidad con el Procedimiento de Conciliación, en los días en los que la discrepancia entre los tráficos de las partes sea igualo menor a 1% con respecto a TELEANDINA, dichos tráficos serán automáticamente conciliados. En estos casos se tomará el promedio de dichos tráficos como la cifra definitiva.

El resumen diario de los tráficos presentados por ambas empresas se muestra en el siguiente cuadro:

CONCILIACION DIARIA DE TRAFICOS

Fecha	Trafico Presentado por Tele Andina (A)	Tráfico Presentado por Telefónica (B)	A-B (valor absoluto) (C)	C/A	Conciliación
24 / 01 /00	0	9	9	-	NA
25 / 01 /00	269.6	349	79.4	29.45 %	NA
26/ 01/ 00	498.9	499	0.1	0.02%	498.95
27/ 01/ 00	712.75	730	1725	2.42%	NA
28/ 01/ 00	608.83	609	0.17	0.03%	608.915
29/ 01/ 00	524.63	525	0.37	0.07%	524.815
30/ 01/ 00	990	990	0	0.00%	990
31/ 01/ 00	407.97	408	0.03	0.01%	407.985
Total	4012.68	4119	106.32	2.65%	3030.665

Del cuadro se puede concluir que únicamente en los días: 24, 25 y 27 de enero de 2000, la discrepancia de los tráficos excedió al 1 % establecido en el procedimiento, por lo cual para dichos días se debe comparar cada llamada reportada. En el caso de los días en los que la discrepancia fue igualo menor a 1% con respecto a TELEANDINA, dicho tráfico se concilia promediando la información proporcionada por las partes.

Tal como se puede ver en el cuadro anterior, el total del tráfico conciliado día por día asciende a 3,030.665 (tres mil treinta con 665/1000) minutos.

- **Conciliación llamada por llamada**

De conformidad con el Procedimiento de Conciliación, en las llamadas en las que exista alguna discrepancia, debe considerarse como cifra definitiva el promedio de dichas llamadas.

Para las llamadas realizadas el 24 de enero de 2000, el total de tráfico conciliado asciende a 4.50 (cuatro con 50/100) minutos.

Para las llamadas realizadas el 25 de enero de 2000, el total de tráfico conciliado asciende a 309.30 (trescientos nueve con 30/100) minutos.

Para las llamadas realizadas el 27 de enero de 2000, el total de tráfico conciliado asciende a 721.375 (setecientos veintiuno con 375/1000) minutos.

Por tanto, el total del tráfico conciliado llamada por llamada para los tres días anteriormente mencionados asciende a 1,035.175 (mil treinta y cinco con 175/1000) minutos.

- **Resumen de la Conciliación del Mes de Enero**

Con la información de los puntos d) y e) anteriores se puede concluir lo siguiente

- Total de tráfico conciliado día por día	3,030.665
- Total de tráfico conciliado llamada por llamada:	<u>1,035.175</u>
- Total de tráfico conciliado:	4,065.840

El total de tráfico conciliado para el mes de enero de 2000 asciende a 4,065.840 (cuatro mil sesenta y cinco con 84/100) minutos.

Conciliación del Mes de Febrero de 2000

- **Tráfico presentado por TELEANDINA**

El total de tráfico presentado por TELEANDINA para el mes de febrero de 2000 es de 54,812.78 (cincuenta y cuatro mil ochocientos doce con 78/100) minutos.

- **Tráfico presentado por TELEFÓNICA**

El total de tráfico presentado por TELEFÓNICA para el mes de febrero de 2000 es de 54,830.00 (cincuenta y cuatro mil ochocientos treinta con 00/100) minutos.

- **Discrepancia entre los Tráficos**

La diferencia absoluta entre los tráficos presentados por ambas empresas es de 17.22 (diecisiete con 22/100) minutos, la cual representa, en términos relativos con respecto a TELEANDINA, una discrepancia de 0.031 %.

Esta discrepancia es menor que 1 % por lo que, de acuerdo con el punto 1 del Procedimiento de Conciliación, dicha discrepancia será conciliada globalmente, considerando como cifra definitiva el promedio de las liquidaciones presentadas.

- **Promedio de Tráficos**

De acuerdo con lo anterior, el tráfico total a liquidar es el promedio del presentado por las empresas que, en este caso, es de 54,821.39 (cincuenta y cuatro mil ochocientos veintiuno con 39/100) minutos.

Conclusión

El tráfico total a liquidar entre TELEANDINA y BELLSOUTH para el mes de enero 2000 asciende a 4,065.840 (cuatro mil sesenta y cinco con 84/100) minutos, mientras que para el mes de febrero asciende a 54,821.39 (cincuenta y cuatro mil ochocientos veintiuno con 39/100) minutos.

Que, no habiendo cumplido BELLSOUTH con presentar la información solicitada mediante Resolución N° 021-CCO-2000, el Cuerpo Colegiado no cuenta con los elementos suficientes para aplicar la Fórmula.

Que, en tal sentido, a efectos de determinar el monto a pagar por TELEANDINA, serán las propias partes quienes apliquen la Fórmula a fin de calcular el cargo aplicable a cada mes en el que se terminó tráfico en la red de BELLSOUTH. El resultado de la aplicación de la Fórmula, deberá multiplicarse por el total de minutos cursados en cada mes. El monto a pagar será el resultado de la suma de los resultados de cada mes.

2. Pago de Intereses

Que, tal como se ha señalado en el punto 1, literal a) de la Sección III de la presente Resolución, TELEANDINA se ha allanado a la pretensión de BELLSOUTH de que le pague las sumas devengadas durante el periodo comprendido entre el ingreso de tráfico a su red, hasta el momento en que dejó de hacerlo como consecuencia de la interrupción del transporte conmutado por parte de TELEFÓNICA.

Que TELEANDINA no se ha allanado al pago de intereses, contradiciendo "(...) el punto segundo de la demanda por la cual BELLSOUTH pide se le abone los intereses de ley que correspondan".

Que, entonces, corresponde determinar si la deuda de TELEANDINA efectivamente ha generado intereses.

Que, desde que no ha existido acuerdo comercial entre BELLSOUTH y TELEANDINA, no ha existido pacto de intereses.

Que, el pago de intereses no sólo procede en el caso de obligaciones cuya fuente es el contrato, sino de obligaciones cuya fuente es la ley.

Que el pago de intereses procede desde el día de la constitución en mora, regla que se desprende de lo establecido en el artículo 1324° del Código Civil que establece que "*las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno...* "

Que el artículo 1333 o del Código Civil establece que "incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

Que el artículo 1246° del Código Civil establece que "si no se ha convenido el interés moratoria, el deudor, sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y en su defecto, el interés legal."

Que, deriva de la interpretación conjunta de las normas anteriores que en los casos en los que no exista pacto de intereses, la mora se produce desde la citación con la demanda, caso en el cual, el interés que corresponde pagar es el interés legal.

Que, según lo anterior, correspondería en principio que TELEANDINA pague a BELLSOUTH el interés legal y que le pague dicho interés desde el día en que fue citada con la demanda.

Que BELLSOUTH invoca, sin embargo, el inciso 4) del artículo 1333° del Código Civil que establece que "no es necesaria la intimación para que la mora exista: 4) cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor... II señalando que "detectó el tráfico ingresado ilegítimamente en su red después de que el hecho ocurriera y, entonces, no estaba en posibilidad de intimar con la mora a TELEANDINA".

Que ha quedado demostrado con el Informe de Fiscalización N°230-GFS-01/2000 de agosto de 2000, que en copia certificada fue adjuntado por TELEANDINA con su alegato, que BELLSOUTH no tenía como advertir la terminación de llamadas por parte de TELEANDINA.

Que el tráfico de TELEANDINA a la red móvil de BELLSOUTH sólo parecería haber sido advertido por esta última en febrero de 2000 cuando ese hecho le fue informado por TELEFÓNICA.

Que al cursar tráfico a la red móvil de BELLSOUTH a través de la red de TELEFÓNICA, TELEANDINA omitió advertir a TELEFÓNICA ya BELLSOUTH, que estaba optando por liquidar con TELEFÓNICA, dando más bien indicios de todo lo contrario, es decir, de que liquidaría con BELLSOUTH.

Que el comportamiento de TELEANDINA al haber omitido advertir a las demás partes involucradas sobre su opción de liquidación y aún más, al haber dado señales de lo contrario, no puede ser considerado uno que corresponda al modelo de diligencia, de buen padre de familia o de comerciante leal -que es el que en última instancia sustenta la falta de culpa- pues sin dicha advertencia, BELLSOUTH no tenía como conocer que estaba recibiendo tráfico ni estaba consecuentemente en capacidad de constituir a TELEANDINA en mora;

Que, debido a lo anterior, BELLSOUTH, por razones imputables a TELEANDINA, no estuvo en condiciones de constituir la en mora, configurándose entonces el supuesto señalado en el inciso 4) del artículo 1333 del Código Civil;

Que es práctica común de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, liquidar los minutos de tráfico cursado en base a períodos mensuales.

Que, en base a dicha práctica, este Cuerpo Colegiado considera que el monto adeudado por TELEANDINA por terminación de llamadas en la red móvil de BELLSOUTH ha generado intereses a partir del 1 de febrero en relación al tráfico cursado en enero, ya partir del 1 de marzo en relación al tráfico cursado en febrero.

Que, dichos intereses deberán ser calculados aplicándose la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva.

IV. CUESTIONES PROCESALES

Que, habiendo quedado consentida la Resolución N° 026-CCO-2000, que declara como información no reservada la carta N° GGR-127-A-3018-00, presentada por TELEFÓNICA a la Secretaría Técnica en cumplimiento de lo dispuesto mediante Resolución N° 021-CCO-2000, corresponde ponerla en conocimiento de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16° del Reglamento de Controversias

Que, asimismo, corresponde poner en conocimiento de las partes los escritos de alegatos presentados por TELEANDINA y BELLSOUTH, ambos de fecha 10 de noviembre de 2000.

V. CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

Que, de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, las partes, sus representantes y sus abogados deben adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

Que, siendo el Código Procesal Civil una norma supletoriamente aplicable al presente procedimiento, son de aplicación a éste, las pautas de conducta antes señaladas;

Que, de acuerdo con los numerales 1 y 2 del artículo 112° del Código Procesal Civil, se considera que existe temeridad o mala fe "cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio" y "cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad".

Que, tal como se ha mencionado precedentemente, TELEANDINA terminó tráfico en la red móvil de BELLSOUTH y se ha allanado a pagar a esta última por dicho tráfico;

Que, no obstante haberse allanado a pagar directamente a BELLSOUTH, TELEANDINA ha incurrido en contradicciones (i) afirmando en su escrito de alegato que *N(...) ha quedado demostrado en la etapa probatoria, que BELLSOUTH va le cobró a TELEFÓNICA el tráfico entregado por TELEANDINA de acuerdo a las reglas sobre tratamiento del tráfico, liquidación y pago pactadas entre la demanda y TELEFÓNICA. N;* (ii) señalando en el mismo escrito que los minutos de tráfico cursados por TELEANDINA vía transporte conmutado *N(...) fueron conciliados, liquidados y, se entiende pagados por TELEFÓNICA a BELLSOUTH de acuerdo con las condiciones pactadas entre ambas empresas (...)* y, finalmente, (iii) imputando a BELLSOUTH la intención de cobrar dos veces por el mismo concepto.

Que, como se ha señalado precedentemente, este Cuerpo Colegiado ha determinado que los medios probatorios ofrecidos por TELEANDINA, no permiten concluir que TELEFÓNICA haya pagado a BELLSOUTH por la terminación de llamadas de TELEANDINA.

Que, el hecho que TELEANDINA se valga de argumentos no sólo contradictorios con su allanamiento sino manifiestamente carentes de fundamento jurídico, constituye una conducta temeraria que no parece tener otra finalidad que evadir la realización de un pago al cual se ha allanado, confundir al Cuerpo Colegiado y obstruir su labor, revelando una reprobable mala fe.

Que, en tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera que dicha conducta constituye un supuesto de temeridad y mala fe contenido en el artículo 112° del Código Procesal Civil, por lo que corresponde sancionarla con amonestación.

RESUELVE

Artículo 1°.- Declárese FUNDADA la demanda en todas sus extremos, en virtud a lo expuesto en la sección considerándose de la presente resolución.

Artículo 2°.- Ordénese a la Compañía Telefónica Andina S.A. a pagar a Bellsouth Perú S.A. el monto que resulte de la aplicación de la fórmula establecida en la sección Considerándose de la presente resolución.

Artículo 3°.- Ordénese a la Compañía Telefónica Andina S.A. a pagar a Bellsouth Perú S.A. los intereses devengados desde las fechas indicadas en la sección Considerándose de la presente resolución, aplicándose para tal efecto la tasa del interés legal fijada por el Banco Central de Reserva.

Artículo 4°.- Declárese como no reservada la información contenida en la carta N° GGR- 127 -A- 3018-00, presentada por Telefónica del Perú S.A.A. a la Secretaría Técnica en cumplimiento de lo dispuesto mediante Resolución N° 021-CCO-2000, y póngase la misma en conocimiento de las partes.

Artículo 5°.- Póngase en conocimiento de las partes los escritos presentados por Compañía Telefónica Andina S.A. y Bellsouth Perú S.A. ambos de fecha 10 de noviembre de 2000.

Artículo 6°.- Amonéstese a Compañía Telefónica Andina S.A. por actuar con temeridad y mala fe, así como por pretender confundir y obstruir la labor de este Cuerpo Colegiado.

COMUNIQUESE Y ARCHIVESE.-

(Con la firma de los señores: Shoschana Zusman Tinman, Manuel San Román Benavente y Jorge Fernández-Baca)