

Gerencia de Relaciones Empresariales

Controversia entre Bellsouth Perú S.A. y Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 008-2002)

Informe Instructivo

Informe 001-2003/ST

Lima, 29 de enero de 2003.



INTRODUCCIÓN:

El presente informe tiene como objeto presentar al Cuerpo Colegiado el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido por Bellsouth Perú S. A. (en adelante BELLSOUTH), contra Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA), detallando el análisis efectuado sobre el supuesto incumplimiento de pagos derivados de sus acuerdos de interconexión.

Para el referido análisis se han tomado en consideración los medios probatorios y documentos que obran en el expediente, el documento anexo al presente informe y la normativa vigente aplicable.

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS:

1. Demandante:

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

2. Demandada:

TELEFÓNICA es una empresa privada constituida en el Perú que, de acuerdo con los contratos de concesión suscritos con el Estado Peruano, se encuentra autorizada a prestar, entre otros, los servicios públicos de portador local, de larga distancia nacional y de larga distancia internacional, así como telefonía fija en su modalidad de abonados y de teléfonos públicos.

II. DEMANDA DE BELLSOUTH – PETITORIO:

Con fecha 13 de agosto de 2002, BELLSOUTH interpuso una demanda contra TELEFÓNICA por el supuesto incumplimiento de pagos derivados de sus acuerdos de interconexión, siendo sus pretensiones las siguientes:

1. Que se declare que todo el tráfico que se origine en las líneas fijas de abonados de TELEFÓNICA, que terminen en la red móvil de BELLSOUTH, con prescindencia del medio de pago empleado por los abonados, debe ser liquidado y pagado por TELEFÓNICA a BELLSOUTH en virtud de lo dispuesto en los acuerdos de interconexión referentes al sistema EL QUE LLAMA PAGA y lo dispuesto por la Resolución N° 005-96-CD/OSIPTEL..
2. Se ordene a TELEFÓNICA realizar el pago de los montos dejados de pagar a BELLSOUTH desde las liquidaciones de tráfico correspondientes al mes de junio de 2001 hasta la fecha, y en tanto dure su negativa de pago.

3. Se sancione a TELEFÓNICA por los incumplimientos a la normativa y a los contratos a que se refiere el punto 1 de esta sección, con la máxima multa por infracción grave, según lo dispuesto por el artículo 44° del Reglamento de Interconexión, aprobado por Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL.¹

III. ANTECEDENTES:

- Con fecha 5 de febrero de 1996, TELE 2000 y TELEFONICA suscribieron el “Convenio Marco sobre asuntos pendientes relacionados con la interconexión”.
- Con fecha 27 de febrero de 1996 se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 005-96-CD/OSIPTEL, mediante la cual se aprobó los sistemas de tarifas aplicables a las comunicaciones cursadas entre usuarios del servicio de telefonía fija y usuarios del servicio de telefonía móvil celular, entre los cuales se encontraba la modalidad B: EL QUE LLAMA PAGA..

De acuerdo con dicha resolución, el operador móvil era quien en todos los casos fijaba la tarifa por minuto para las llamadas telefónicas de los usuarios del servicio fijo a los usuarios del servicio móvil (Tarifa Fijo-Móvil) y de los usuarios del servicio móvil al servicio fijo.

- Con fecha 13 de marzo de 1996, TELE 2000 S.A. (actualmente BELLSOUTH) y TELEFONICA suscribieron el Acuerdo complementario de interconexión para la aplicación del sistema tarifario EL QUE LLAMA PAGA y los aspectos relativos a las liquidaciones, facturación, pagos, entre otros.
- Con fecha 4 de diciembre de 2000, se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 063--2000-CD/OSIPTEL, que entraría en vigencia el 1 de enero de 2001, la cual modificó el régimen tarifario establecido en la Resolución N° 005-2000-CD/OSIPTEL, al disponer que las tarifas para las comunicaciones originadas por los usuarios de cualquier servicio público de telecomunicaciones destinadas a los usuarios de los servicios de telefonía móvil celular, troncalizado o comunicaciones personales (Servicios Móviles), **serían fijadas por la empresa concesionaria del servicio que origina la comunicación**. Asimismo, fijó un cargo tope para la terminación de llamadas en las redes de Servicios Móviles.
- Con fecha 18 de diciembre de 2000, se publicó la Resolución N° 071-2000-CD/OSIPTEL mediante la cual se postergó la entrada en vigencia de la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL hasta el 1 de marzo de 2001.
- Con fecha 28 de febrero de 2001 – antes de la entrada en vigencia de la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL, se publicó la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL que modificó dicha resolución al establecer que las tarifas para las comunicaciones locales originadas por **los usuarios de los servicios de telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos** y Servicios Móviles, destinadas a usuarios de los Servicios Móviles, serán fijadas por la empresa que origina la comunicación. De otro lado, las tarifas de las comunicaciones locales originadas por los usuarios del servicio de **telefonía fija en la modalidad de**

¹ El Reglamento fue modificado en parte por la Resolución N° 047-2001-CD/OSIPTEL.

abonados destinadas a los usuarios de los Servicios Móviles, serán fijadas por las empresas prestadoras de los Servicios Móviles.

- Con fecha 29 de marzo de 2001, se publicó la Resolución N° 017-2001-PD/OSIPTEL, mediante la cual se suspendió la aplicación de la Tarifa Fijo-Móvil para las comunicaciones que tengan origen en teléfonos del uso público de TELEFÓNICA.
- Con fecha 18 de junio de 2001, se publicó la Resolución N° 025-2001-CD/OSIPTEL, mediante la cual se estableció la tarifa máxima fija promedio ponderada para el servicio de llamadas locales desde teléfonos públicos a la red de TELEFÓNICA, levantando la suspensión establecida en la Resolución N° 017-2001-PD/OSIPTEL..

IV. POSICIONES DE LAS PARTES:

1. Posición de BELLSOUTH:

BELLSOUTH fundamenta su demanda principalmente en virtud de los siguientes argumentos:

- De conformidad con los acuerdos celebrados entre ambas empresas, la tarifa para las llamadas fijo-móvil provenientes de cualquier teléfono fijo de TELEFÓNICA debía ser establecida por BELLSOUTH, ya sean de abonados o de teléfonos públicos y sin importar si eran llamadas locales o de larga distancia nacional. Por su parte, TELEFÓNICA debía encargarse del cobro de todas las llamadas fijo-móvil y, luego de descontar las contraprestaciones que le correspondían, estaba obligada a entregar los montos recaudados a BELLSOUTH.
- Sin embargo, este sistema fue modificado a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 004-2001-CD/OSIPTEL, del 1 de marzo de 2001, que estableció que para las comunicaciones de larga distancia y las llamadas locales originadas en teléfonos públicos, el cargo de interconexión tope aplicable por minuto de tráfico eficaz por la terminación de llamadas en la red móvil sería de US\$ 0.2053 por minuto, tasado al segundo.
- En ese sentido, la Resolución 004-2001-CD/OSIPTEL modificó los acuerdos de interconexión únicamente en lo que se refería a llamadas de larga distancia y aquellas originadas en teléfonos públicos, por lo que los pagos que TELEFÓNICA debe realizar a BELLSOUTH por las llamadas que se originan en su red fija y que terminan en la red móvil de BELLSOUTH se determinan de la siguiente manera:
 - Si la llamada es de larga distancia o se origina en un teléfono público de la red de telefonía fija, el cargo tope por interconexión a aplicarse será de US\$ 0.2053 por minuto, tasado al segundo.
 - Si se trata de una llamada originada en un teléfono fijo de abonado el pago que TELEFÓNICA debe realizar es igual a la tarifa fijada por BELLSOUTH menos el cargo de interconexión y los demás conceptos pactados en los contratos de interconexión suscritos entre las partes.

Es decir, siempre que la llamada se origine en un teléfono de abonado, se aplicará el sistema EL QUE LLAMA PAGA, tal como fue acordado en los contratos de interconexión.

- Aproximadamente en enero de 2000, TELEFÓNICA empezó a comercializar la Tarjeta 147 y luego de algunas discrepancias respecto a la tarifa que se le aplicaría, en abril de 2000 se comprometió a que todas las llamadas provenientes de su red que se realicen mediante el uso de la Tarjeta 147 serían liquidadas como cualquier otra llamada sujeta al sistema EL QUE LLAMA PAGA.
- En efecto, TELEFÓNICA liquidó de acuerdo al sistema EL QUE LLAMA PAGA hasta el mes de junio de 2001, aceptando de esa forma que el medio de pago nada tenía que ver con la naturaleza de la llamada y con el sistema de liquidación que le correspondía en virtud de los acuerdos y normas vigentes.
- Entrada en vigencia la Resolución 004-2001-CD/ODIPTTEL, el 1 de marzo de 2001, y toda vez que en dicho momento no era posible discriminar si las llamadas generadas por el uso de la Tarjeta 147 en la red fija tenían su origen en un teléfono público o en uno de abonado o si eran locales o de larga distancia nacional, las partes acordaron que, temporalmente y hasta que se estableciese un sistema de identificación, un porcentaje del tráfico de las llamadas efectuadas con la Tarjeta 147 pagaría un cargo de terminación de US\$ 0.2053 (12%), en tanto que el tráfico restante seguiría liquidándose bajo el sistema EL QUE LLAMA PAGA (88%).

Así, el tráfico de la Tarjeta 147 cursado entre marzo y mayo de 2001 (tráfico que se liquidó en los meses de julio a setiembre de 2001) fue liquidado en 88% como una llamada común originada en un teléfono de abonado.

- El 25 de octubre de 2001, TELEFÓNICA informó a BELLSOUTH que había implementado un Sistema de Identificación de Numeración Automática Ficticia (ANI FICTICIOS) que permitía discriminar las llamadas originadas por sus usuarios de la Tarjeta 147 de acuerdo al teléfono en que éstas se originan, con lo cual también reconocía que cada tipo de llamada se debía liquidar de manera distinta.
- No obstante ello, a partir de las liquidaciones correspondientes al tráfico del mes de junio de 2001, TELEFÓNICA empezó a considerar de modo unilateral que todas las llamadas provenientes de su red de telefonía fija que fuesen originadas utilizando la Tarjeta 147 eran llamadas sujetas al cargo US\$ 0.2053 por minuto, como si todas las llamadas tuviesen su origen en teléfonos públicos y/o fuesen de larga distancia nacional.
- Dado que la Tarjeta 147 puede ser usada tanto desde teléfonos fijos de abonados como desde teléfonos públicos y, asimismo, puede servir para realizar tanto llamadas de larga distancia nacional como llamadas locales, en marzo de 2002 BELLSOUTH requirió a TELEFÓNICA que abonase la diferencia impaga por la incorrecta aplicación de cargos de terminación a las llamadas sujetas al sistema EL QUE LLAMA PAGA.

- Como respuesta, en abril de 2002, TELEFÓNICA señaló que el pago que habían realizado era correcto, pues entendían que la totalidad de las llamadas efectuadas mediante tarjetas 147 debían ser consideradas como llamadas originadas en teléfonos públicos, porque dicha tarjeta es un producto que pertenece a su negocio de telefonía pública, por lo cual el cargo a pagar era únicamente el establecido en la Resolución 004-2001-CD/OSIPTEL.
- La Tarjeta 147, sin embargo, no constituye otra cosa que un medio de pago para las llamadas realizadas desde cualquier teléfono y el hecho que TELEFÓNICA cobre antes o después por la llamada no puede afectar la naturaleza de la misma ni, mucho menos, afectar el régimen legal o el sistema de liquidaciones acordado con las operadoras de otras redes.

2. Posición de TELEFÓNICA:

TELEFÓNICA contestó la demanda, contradiciéndola en todos sus extremos, principalmente, en virtud de los siguientes argumentos:

- La plena vigencia del sistema EL QUE LLAMA PAGA exigía que se cumplan dos condiciones: (i) que el operador de telefonía móvil fijará la tarifa aplicable a las comunicaciones que concluyeran; y, (ii) que las liquidaciones se efectúen de modo tal que la empresa titular de la red móvil conserve la diferencia entre la tarifa fijada por ella misma y el cargo de originación establecido por el regulador o acordado entre las partes, más otras contraprestaciones libremente acordadas.
- Cuando el sistema EL QUE LLAMA PAGA empezó a aplicarse, no existían mayores problemas en la interpretación de sus alcances. Es con la vigencia de la Resolución 063-2000-CD/OSIPTEL y no con la Resolución 004-2001-CD/OSIPTEL, que se introducen elementos normativos que requieren de interpretación.
- Sin embargo, desde antes de la vigencia de la Resolución 063-2000-CD/OSIPTEL, tanto para TELEFÓNICA como para el regulador, para propósitos de la tarificación, las llamadas originadas mediante el uso de la Tarjeta 147 debían tratarse como cualquier llamada efectuada desde un teléfono público. Así:
 - Desde la aprobación de la Resolución 008-2000-CD/OSIPTEL, TELEFÓNICA ha comunicado en más de una oportunidad que las tarifas establecidas para telefonía pública resultaban aplicables a la Tarjeta 147.
 - El regulador al amparo de lo establecido en el Reglamento de Tarifas aprobado por Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL², aprobó las tarifas propuestas por TELEFÓNICA para las llamadas desde un fijo a un móvil mediante el uso de la Tarjeta 147 sin emitir reparo de alguna especie.

² Modificado por la Resolución N° 048-2002-CD/OSIPTEL.

- El regulador en más de una ocasión ha notificado observaciones o intentos de sanción cuando las tarifas notificadas por TELEFÓNICA para las llamadas efectuadas con tarjetas 147 eran distintas de las fijadas para la telefonía pública.
- El regulador en sucesivas comunicaciones también ha indicado que, para el caso de las llamadas efectuadas con las tarjetas 147 desde teléfonos de abonado y con destino a teléfonos móviles, TELEFÓNICA debía aplicar directamente la tarifa comunicada por los operadores móviles para llamadas de telefonía pública y no la tarifa fijada por dichos operadores para llamadas de telefonía básica.
- Por todo lo anterior, es el propio regulador el que ha establecido el principio que para propósitos de la tarificación, las llamadas efectuadas con la Tarjeta 147 deben ser tratadas bajo las reglas aplicables a la telefonía pública, actualmente excluidas del sistema EL QUE LLAMA PAGA.
- Así, mediante Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL se estableció que las tarifas aplicables a las comunicaciones de larga distancia y a las comunicaciones locales originadas por los usuarios de los servicios de telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos, serían fijadas por la empresa concesionaria del servicio en el que se originara la comunicación. En tal sentido, en la actualidad es TELEFÓNICA y no BELL SOUTH la que establece y cobra la tarifa aplicable a dichas comunicaciones, con lo cual no se cumple una de las condiciones del sistema EL QUE LLAMA PAGA.
- De otro lado, el procedimiento elegido por el regulador para eliminar el sistema EL QUE LLAMA PAGA para las llamadas originadas desde las redes de telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos y para las llamadas de larga distancia resulta consistente con lo señalado anteriormente respecto a las dos condiciones que requiere el sistema EL QUE LLAMA PAGA. Así, al establecer en la Resolución 063-2000-CD/OSIPTEL que la tarifa para ciertas comunicaciones originadas en la red de telefonía fija con destino a las redes de telefonía móvil sería fijada por el operador de la red donde se origine las llamadas, el regulador se vio obligado a fijar el cargo de US\$ 0.2053 para la terminación de llamadas en las redes móviles.
- Adicionalmente, existe suficiente argumento técnico y legal para considerar que el tráfico originado a través de la tarjetas 147 no se encuentra sujeto al sistema EL QUE LLAMA PAGA:
 - En el recurso de apelación planteado por TELEFÓNICA dentro del procedimiento de sanción por haber vendido tarjetas 147 con tarifas por encima de las tarifas aprobadas por el OSIPTEL para el servicio de telefonía fija, TELEFÓNICA señaló lo siguiente: (i) que las tarifas que se utilizaron para la comercialización de la Tarjeta 147 eran tarifas de uso público; (ii) que el usuario de la Tarjeta 147 es para propósitos de la tarificación un usuario de telefonía de uso público y no un abonado de telefonía fija; y, (iii) no se trataba de un caso de telefonía básica, por lo que no era procedente aplicar tarifas correspondientes a este tipo de telefonía.

- Estos argumentos fueron recogidos en la Resolución N° 008-2000-CD/OSIPTEL, la misma que resolvió el recurso de apelación planteado por TELEFÓNICA y dispuso la revocación de la Resolución N° 073-99-CD/OSIPTEL.
- La Resolución 008-2000-CD/OSIPTEL estableció lo siguiente: (i) que la Tarjeta 147 es un instrumento de telefonía pública, (ii) la Tarjeta 147 es una forma de pago por la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, (iii) el uso de la Tarjeta 147 en teléfonos de abonados constituye una opción alternativa a la oferta principal de la prestación del servicio de telefonía de uso público y por tanto supone un reconocimiento implícito de que el tráfico generado con dicha tarjeta debe ser tarifado como se tarifica el tráfico originado en teléfonos públicos y no como se tarifica el tráfico originado en teléfonos de abonados.
- Es cierto que TELEFÓNICA se comprometió a liquidar todas sus llamadas generadas usando las tarjetas 147 bajo el sistema EL QUE LLAMA PAGA; sin embargo, señala que lo hizo en estricto cumplimiento a la normativa vigente de ese entonces, es decir, lo establecido en la Resolución N° 005-96-CD/OSIPTEL, y no - como señala BELLSOUTH - como un reconocimiento de que el medio de pago no tiene nada que ver con la naturaleza de la llamada.
- Lo único que hizo TELEFÓNICA fue aplicar a las llamadas efectuadas con la Tarjeta 147 las tarifas aplicables a la telefonía pública. Nunca se produjo separación alguna entre llamadas 147 efectuadas a través de teléfonos de abonados y llamadas 147 efectuadas a través de teléfonos públicos.
- Es cierto que TELEFÓNICA y BELLSOUTH convinieron, ante la imposibilidad de distinguir el origen de las llamadas efectuadas, que para efectos de las liquidaciones, una parte del tráfico fuera considerada como tráfico local y otra parte fuera imputada como tráfico de larga distancia nacional y no - como señala la demandante -, entre tráfico originado en teléfonos públicos y tráfico originado en teléfonos de abonados. Asimismo, este acuerdo ya estaba vigente con anterioridad a junio y julio de 2001, aunque originariamente con otros porcentajes.
- De otro lado, si bien es cierto que TELEFÓNICA liquidó desde marzo hasta junio de 2001 bajo el sistema EL QUE LLAMA PAGA, esto no significa un reconocimiento de lo señalado por BELLSOUTH, puesto que la aplicación de lo dispuesto por la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL a TELEFÓNICA fue suspendida hasta junio de 2001, fecha en que se emitió la Resolución 025-2001-CD/OSIPTEL con la cual se superó el impase y TELEFÓNICA quedó habilitada para aplicar la Resolución 063-2000-CD/OSIPTEL.
- La pretensión de BELLSOUTH para el presente caso es incluso superior a los ingresos que percibe en aplicación del sistema EL QUE LLAMA PAGA. Así, la pretensión de la demandante implica que ésta tenga ganancias adicionales de US\$ 0.0515 por minuto de hasta cincuenta (50) segundos o

fracción, a costa de quien opera y mantiene el servicio de tarjetas prepagadas.

- TELEFÓNICA nunca ha incurrido en una pretensión contradictoria sobre la tarificación y liquidación de las llamadas realizadas utilizando las tarjetas 147. El hecho de que en algún momento TELEFÓNICA liquidará con BELLSOUTH bajo el sistema EL QUE LLAMA PAGA no significa que haya coincidido con la opinión de la demandante, pues en el periodo en que TELEFÓNICA liquidó bajo el sistema EL QUE LLAMA PAGA, sólo existía esa modalidad de liquidación de tráficos.

V. ANÁLISIS – COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA:

A fin de determinar si TELEFÓNICA ha incurrido en infracción al aplicar el cargo de terminación en la red de telefonía móvil de BELLSOUTH, en lugar de aplicar el sistema EL QUE LLAMA PAGA respecto de las llamadas provenientes de terminales de abonados originadas por el uso de la Tarjeta 147, debe determinarse si efectivamente éste es el sistema aplicable para dichas comunicaciones, para lo cual se requiere determinar en primer lugar cuáles son los casos en los que se aplica el sistema EL QUE LLAMA PAGA y si alguno de éstos comprende al caso materia de la presente controversia, para luego analizar la conducta de TELEFÓNICA.

1. El Sistema EL QUE LLAMA PAGA: Definición y Ámbito de Aplicación:

El sistema EL QUE LLAMA PAGA fue creado por la Resolución N° 005-96-CD/OSIPTTEL, la cual regula dos modalidades tarifarias aplicables a la telefonía móvil: (i) Modalidad A: EL USUARIO DEL SERVICIO MÓVIL CELULAR PAGA y (ii) Modalidad B: EL QUE LLAMA PAGA.

El artículo 1° de la referida resolución define a la Modalidad A: EL USUARIO DEL SERVICIO MÓVIL CELULAR PAGA, como aquella en la cual las tarifas son de cargo del usuario del servicio móvil que inicie o reciba la comunicación. En tal supuesto, cuando los usuarios de telefonía fija inicien la comunicación, sólo pagarán las tarifas por llamadas telefónicas que corresponden al servicio fijo.

Asimismo, define la Modalidad B: EL QUE LLAMA PAGA como aquel sistema en el cual las tarifas son de cargo del usuario del servicio fijo o del servicio móvil según quién inicie la comunicación, excepto cuando se trate de llamadas de cobro revertido.

En ambas modalidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3° de la referida resolución, los operadores de telefonía móvil eran quienes fijaban las tarifas para las llamadas telefónicas de los usuarios del servicio de telefonía fija a los usuarios del servicio de telefonía móvil. Dicha norma no establecía excepción alguna, y en consecuencia se aplicaba tanto para las llamadas originadas en teléfonos de abonados como en teléfonos públicos.

Debido a que el operador que fija la tarifa es quien paga el cargo de interconexión por la originación o terminación de llamadas en la red del otro operador, los operadores móviles dentro del Sistema EL QUE LLAMA PAGA eran

quienes estaban obligados a pagar el cargo de terminación por la originación de las llamadas terminadas en su red, al operador de telefonía fija.³

Lo mencionado, sin embargo, fue modificado por el artículo 5° de la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTTEL, modificado a su vez por el artículo segundo de la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTTEL, en vigencia a partir del 1 de marzo de 2001, según el cual:

*“Artículo 5°.- Las tarifas para las comunicaciones locales originadas por los usuarios de los servicios de **telefonía fija en la modalidad de teléfonos público**, servicio de telefonía móvil, servicio troncalizado o servicio de comunicaciones personales (PCS), destinadas a los usuarios del servicio de telefonía móvil, servicio troncalizado o servicio de comunicaciones personales (PCS), **serán fijadas por la empresa que origina la comunicación.***

*Las tarifas para las comunicaciones locales originadas por los usuarios del servicio de **telefonía fija en la modalidad de abonado** destinadas a los usuarios del servicio de telefonía móvil, servicio troncalizado o servicio de comunicaciones personales (PCS), **serán fijadas por la empresa concesionaria del servicio telefonía móvil**, servicio troncalizado o servicio de comunicaciones personales (PCS).*

(...)” (Resaltado agregado).

Es decir, de acuerdo con la referida norma, a partir del 1 de marzo de 2001, al operador de telefonía móvil únicamente le corresponde fijar la Tarifa Fijo-Móvil respecto de las llamadas originadas bajo la modalidad de abonado de telefonía fija, en cuyo caso se aplica el sistema EL QUE LLAMA PAGA; mientras que al operador de telefonía fija le corresponde fijar la Tarifa Fijo-Móvil respecto de las llamadas de teléfonos públicos que terminen en la red telefonía móvil, en cuyo caso se aplica el cargo de interconexión tope aprobado por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTTEL.

En otras palabras, con la entrada en vigencia de la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTTEL quedaron establecidos dos sistemas de fijación de la Tarifa Fijo-Móvil y pagos de cargo de interconexión diferentes, según las llamadas que se realicen correspondan a la modalidad de abonado o a la modalidad de teléfono público.

Al cambiar el ámbito de aplicación del sistema EL QUE LLAMA PAGA, la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTTEL, modificada por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTTEL, modificó los contratos de interconexión vigentes entre TELEFÓNICA y BELLSOUTH, en lo referido a la aplicación de dicho sistema respecto de las llamadas de larga distancia y las originadas en la red de telefonía fija bajo la modalidad de teléfonos públicos.

³ Debido a que el operador de telefonía fija – TELEFÓNICA- es quien factura y cobra al usuario, en los contratos de interconexión con BELLSOUTH se estableció un mecanismo en virtud del cual TELEFÓNICA retenía su cargo de interconexión y los montos correspondientes a otros conceptos pactados, y le entregaba el saldo a BELLSOUTH.

En virtud a lo expuesto, a fin de determinar si TELEFÓNICA ha incumplido la normativa vigente y sus acuerdos de interconexión, corresponde determinar si las llamadas generadas por el uso de la Tarjeta 147 originadas en un teléfono de abonado califican como llamadas de abonado y en consecuencia resulta aplicable el Sistema EL QUE LLAMA PAGA, o si por lo contrario califican como llamadas de teléfonos públicos y debe aplicarse el cargo establecido en la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTTEL.

Respecto de este tema debe precisarse que ambas partes se encuentran de acuerdo, tal como se desprende de lo expuesto en sus escritos de demanda y contestación respectivamente.⁴

2. La Tarjeta 147: Naturaleza y Alcances:

La Tarjeta 147, tal como lo señala TELEFÓNICA⁵, es una **tarjeta prepago** que permite la realización de llamadas locales, y de larga distancia nacional e internacional desde teléfonos públicos y desde teléfonos de abonado, a través de la marcación del código de acceso 147 y del código de identificación de cada tarjeta.⁶

Las tarjetas de pago, ya sean prepago o postpago (con cargo a cuenta), son, como su nombre lo indica, un mecanismo de pago de los servicios de telecomunicaciones, no constituyendo por lo tanto un servicio de telecomunicaciones en sí.

Esto ha sido reconocido tanto por OSIPTTEL como por la propia TELEFÓNICA. Es así que TELEFÓNICA, en su recurso de apelación de la Resolución N° 050-2001-GG/OSIPTTEL⁷, que ordenó a TELEFÓNICA habilitar códigos de numeración para comunicaciones de larga distancia, señaló expresamente que:

⁴Al respecto BELLSOUTH señala en su demanda lo siguiente: “(...) **la norma modificó los Acuerdos de Interconexión en lo que se refería únicamente a llamadas de Larga Distancia y originadas en Teléfonos de Uso Público**; no hay forma que esta modificación pueda interpretarse de manera más extensiva.”

TELEFÓNICA, por su parte, sostiene en su escrito de contestación lo siguiente: “(...) la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTTEL restringió los alcances de la norma original, con el propósito de que sólo las llamadas de larga distancia y las originadas en la red de telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos quedarán excluidas de tal sistema [EL QUE LLAMA PAGA], pero las demás comunicaciones cursadas desde la red fija permanecieran en él.”

Asimismo señala que: “La propia demandada reconoce – en la página 5 de su demanda – que la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTTEL (conforme quedó reformada por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTTEL) modificó los Acuerdos de Interconexión en lo que se refería a llamadas de larga distancia y a las comunicaciones locales originadas por los usuarios de los servicios de telefonía fija **en la modalidad de teléfonos públicos**. La demandante discrepa de nuestra empresa, sin embargo en la interpretación que debe hacerse de la expresión “llamadas originadas en las redes de telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos” (...) y argumenta, en definitiva, que esta expresión no comprende sino parcialmente el tráfico originado mediante tarjetas 147.”

⁵ Con respecto a su Tarjeta 147, TELEFÓNICA señala en su contestación de demanda que “Las tarjetas 147 de TELEFÓNICA constituyen **una tarjeta prepago** que admite mayores facilidades respecto del formato antes descrito, pues permiten realizar llamadas locales, nacionales e internacionales desde cualquier teléfono de red fija (telefonía de uso público o fijo).” (Resaltado agregado)

⁶ La tarjeta 147 opera discando el código de acceso al servicio - el número 147-, mas un número o clave secreta de 12 dígitos que identifica a cada tarjeta - mediante el cual se accede a la memoria individual de cada tarjeta y se va debitando un monto en la medida que se realizan las correspondientes llamadas – seguido finalmente del número de destino al cual se pretende llamar.

⁷ Anexo 1.

“Asimismo, debe tenerse en consideración que constituye una definición unánimemente aceptada aquella que afirma que:

*“la tarjeta prepago **no tiene la consideración de un servicio de telecomunicaciones alguno, sino que configura como un instrumento de facturación o de pago**, en virtud del cual se cobra por adelantado un determinado servicio de telecomunicación.⁸ (El subrayado es nuestro).*

*A tal efecto, al ser el uso de tarjetas para telefonía de larga distancia **un mecanismo de facturación o de pago, en virtud del cual se cobra por adelantado un determinado servicio de telecomunicación**, la única diferencia con cualquier otro uso de telefonía pública es precisamente la forma de pago.(...)”* (Subrayado incluido en el texto citado, resaltado agregado).

*“(...)la tarjeta prepago **no constituye un servicio de telecomunicaciones, sino un medio de pago** de los servicios que el proveedor ofrece (...)”* (Subrayado incluido en el texto citado, resaltado agregado).

Por su parte, el Consejo Directivo de OSIPTEL en su Resolución N° 021-2001-CD/OSIPTEL⁹ mediante la cual resolvió la apelación interpuesta por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 050-2001-GG/OSIPTEL, señaló lo siguiente:

*“OSIPTEL coincide con lo señalado por Telefónica, en el sentido de **considerar a las tarjetas de pago como un mecanismo de pago** – entre otros – de los servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, se reconoce el derecho de las empresas operadoras de establecer o no mecanismos de tarjetas de pago como forma de cobro a sus usuarios.”* (Resaltado agregado).

Posteriormente, la Gerencia General en su comunicación N° C.895-GG.GPR/2002, remitida a TIM Perú S.A.C. en respuesta a su consulta realizada mediante carta GMR/CE/N°159/02 – siguiendo lo señalado por el Consejo Directivo en la Resolución antes citada - señaló expresamente con respecto a los cargos aplicables a las comunicaciones generadas por el uso de la tarjeta 147 originadas desde teléfonos de abonado que:

*“(...) con respecto al uso de las tarjetas prepago, **los mismos se constituyen en medios de pago habilitados por las empresas, como consecuencia de sus propias estrategias comerciales**, con la finalidad de que sus usuarios tengan diversas opciones de acceso a los servicios públicos que ellas proveen. (...)”*

⁸ “Acuerdo de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones español, adoptada en su sesión del 20 de mayo de 1999, en la Consulta formulada por Lince Telecomunicaciones, S.A. referente a la posibilidad de prestar “Servicio de Emisión de Tarjetas Prepago”, en virtud de la autorización general de tipo C que ostenta.”

⁹ Publicada el 30 de mayo de 2001.

En tal sentido, al ser las tarjetas de pago simplemente un mecanismo de pago de los servicios de telecomunicaciones, **su utilización no tiene la capacidad de afectar la naturaleza de los servicios respecto de los cuales se utiliza.**

Por tal motivo, para determinar la naturaleza de las llamadas originadas en terminales de abonado generadas por la utilización de la Tarjeta 147, no debe tomarse en consideración dicha utilización. Es decir, debe determinarse la naturaleza de las llamadas originadas desde terminales de abonado.

De acuerdo con el artículo 56° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 006-94-TCC (el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), la telefonía fija se presta bajo las siguientes modalidades: (i) Abonados y (ii) Teléfonos públicos.

La telefonía fija en la modalidad de abonado es aquella que se presta en virtud de la celebración de un contrato entre la empresa operadora y un usuario que asume ciertas responsabilidades (al cual se le denomina abonado)¹⁰. Dicho servicio se presta tanto al abonado como a todas las personas a las cuales éste les permita hacer uso del referido servicio, a quienes se les denomina usuarios.¹¹

La telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos es aquella que se presta a través de aparatos telefónicos terminales disponibles al público en general y que son accionados mediante el pago a través de monedas, fichas o tarjetas.¹²

De acuerdo con lo antes expuesto, todas las llamadas que se realicen en virtud del servicio contratado por el abonado – es decir que se originen de su teléfono– pertenecen a la modalidad de abonado (aun cuando quien haga uso del servicio no sea el propio abonado); mientras que las llamadas realizadas a través de aparatos terminales disponibles al público en general, corresponden a la modalidad de teléfonos públicos.

Las llamadas materia de la presente controversia – es decir, las realizadas desde terminales de abonado con ocasión a la utilización de la Tarjeta 147 - se originan en terminales de abonado y se realizan a través del servicio contratado por éste y

¹⁰ Artículo 61° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones *“La prestación del servicio telefónico está sujeta a un contrato que suscribirán el concesionario y el abonado, de acuerdo a cláusulas generales de contratación aprobadas por el OSIPTEL y publicadas en la guía de abonados.”*

Artículo 13° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones: *“El abonado titular de un servicio público de telecomunicaciones, es responsable del uso que se haga del mismo.”*

El Anexo – Glosario de Términos – del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones define el término abonado como: *“(…)el usuario que ha celebrado un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones, con una empresa explotadora de servicios.”*

¹¹ Por definición el servicio de telefonía se presta a los usuarios (y no solamente a los abonados): Artículo 50° numeral 1 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones *“Servicio Telefónico.- es el que permite a los usuarios la conversación telefónica en tiempo real, en ambos sentidos de transmisión, a través de la red de telecomunicaciones.”*

Anexo – Glosario de Términos - del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones: *“USUARIO: Persona natural o jurídica que en forma eventual o permanente, tiene acceso a algún servicio público o privado de telecomunicaciones.”*

¹² El Anexo – Glosario de Términos – del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones define el término teléfono público monedero como *“Aparato telefónico terminal disponible al público en general y que son accionados mediante el pago a través de monedas, fichas o tarjetas.”*

por lo tanto, de conformidad con lo expuesto anteriormente, **son llamadas de la modalidad de abonado.**

En tal sentido, y de conformidad con lo expuesto en el punto anterior, al ser las llamadas materia de la presente controversia de la modalidad de abonado, se encuentran sujetas al sistema EL QUE LLAMA PAGA y en consecuencia:

- Corresponde al operador del Servicio Móvil – en este caso BELLSOUTH - fijar la Tarifa Fijo-Móvil.¹³
- Corresponde al operador del Servicio Móvil – BELLSOUTH- pagar al operador de telefonía fija el cargo de interconexión correspondiente por la originación de llamadas en la red de telefonía fija, y otros conceptos -como por ejemplo por facturación y cobranza- y obtener la diferencia entre la tarifa y los conceptos antes mencionados, tal como se encuentra previsto en los contratos de interconexión celebrados entre las partes y aprobados por OSIPTEL.

Es del caso precisar, que la Gerencia General se ha pronunciado en este mismo sentido, mediante Carta C.895-GG.GPR/2002, tal como se detalla mas adelante.

3. Análisis de los argumentos de TELEFÓNICA:

TELEFÓNICA, discrepa con lo antes expuesto por considerar que las llamadas materia de la presente controversia constituyen parte del servicio de telefonía de uso público, y que en consecuencia el sistema EL QUE LLAMA PAGA no resulta aplicable¹⁴. Por tal motivo, la Secretaría Técnica considera pertinente analizar sus argumentos.

TELEFÓNICA fundamenta su posición en virtud de los argumentos que se resumen a continuación¹⁵:

- a. *“(...) al abonado no se le factura ningún consumo de tarjeta línea 147; vale decir, sólo se usa el terminal telefónico como mecanismo de acceso a la cuenta de telefonía de uso público que se registra en la plataforma instalada con el propósito de controlar el prepago de dicho servicio(...)”*
- b. La telefonía de uso público no tiene abonados sino usuarios. En tal sentido, la Tarjeta 147 y la telefonía de uso público comparten una de sus características emblemáticas: es decir el anonimato de quien utiliza el

¹³ Por tal motivo carece de sentido el argumento de TELEFÓNICA relativo a que resulta absurdo forzar a dicha empresa a liquidar tomando como base S/.1.03, que es la tarifa que BELLSOUTH fija para las llamadas liquidadas según el sistema EL QUE LLAMA PAGA, cuando TELEFÓNICA cobra S/1.00. De acuerdo con lo señalado TELEFÓNICA debería cobrar la tarifa establecida por BELLSOUTH.

¹⁴ Con relación a este punto debe tomarse en consideración que tal como se ha mencionado anteriormente, de acuerdo con la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL modificada por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, el sistema EL QUE LLAMA PAGA no sería aplicable respecto de las llamadas que se originen en la red de telefonía fija bajo la modalidad de teléfonos públicos y que terminen en una red de telefonía móvil.

¹⁵ Los argumentos que se citan y resumen a continuación han sido expuestos de manera indirecta por TELEFÓNICA en su escrito de contestación, al señalar que en virtud a éstos se apeló de la Resolución N° 073-99-GG/OSIPTEL siendo éstos, en opinión de TELEFÓNICA, recogidos por la Resolución N° 008-2000-CD/OSIPTEL mediante la cual se resolvió la mencionada apelación.

servicio. Esto es así en la medida en que la Tarjeta 147 se vende masivamente a cualquier persona en diferentes centros de distribución, sin requerir para tal efecto la identificación del adquirente ni ninguna otra información que permita descubrir al propietario.

- c. *“(….)la telefonía de uso público por definición está disponible para cualquier persona, sea o no abonada de una línea en particular, lo que ocurre en efecto con la tarjeta 147. Por lo demás, es evidente que esta característica de la tarjeta 147 permitió que el producto fuera promocionado “como una línea disponible a cualquier persona desde cualquier lugar y en cualquier momento.”.*
- d. Los adquirentes de la Tarjeta 147 no tienen la calidad de abonados, cuando utilizan un teléfono fijo de abonado para efectuar sus comunicaciones.

Asimismo, TELEFÓNICA fundamenta su posición en el hecho de haber comunicado en diferentes ocasiones al regulador que la Tarjeta 147 constituía un medio de pago para la telefonía de uso público y que aplicaría las tarifas correspondientes a dicha modalidad¹⁶, no habiéndose el regulador opuesto a tales hechos.

Es más, según afirma TELEFÓNICA el Consejo Directivo de OSIPTEL habría considerado a las llamadas mediante la Tarjeta 147 como llamadas de teléfonos públicos, tal como se desprende de la Resolución N° 008-2000-CD/OSIPTEL¹⁷. Según TELEFÓNICA, en dicha Resolución el Consejo Directivo habría recogido los argumentos antes expuestos y habría establecido que el uso de tarjetas prepagadas en teléfonos de abonados, -en este caso el uso de la Tarjeta 147- constituye una opción alternativa a la oferta principal de la prestación del servicio de telefonía de uso público, lo que en opinión de TELEFÓNICA supondría un reconocimiento implícito de que el tráfico generado por dicha tarjeta debe ser

¹⁶En el escrito de apelación de la Resolución N° 073-99-GG/OSIPTEL, indicó que *“(…)cuando TELEFÓNICA presentó las solicitudes para el incremento de tarifas de telefonía básica **no incluyó el tráfico producido por la tarjeta 147, precisamente porque éste era un tráfico que no pertenecía al servicio de telefonía básica, sino a la telefonía de uso público,** hecho que es de fácil comprobación¹⁵. Dicho argumento no fue cuestionado en su momento por el OSIPTEL.”*

En el mismo escrito además **recordó a OSIPTEL** que no se encontraban frente a un caso de telefonía básica, por lo que no era procedente aplicar las tarifas de telefonía básica, no debía contabilizarse el tráfico de la tarjeta 147 para el reajuste de tarifas de la telefonía básica, no debía incluirse el tráfico generado por la tarjeta 147 en el recibo mensual y no se requería de una línea física previamente contratada al operador de telefonía básica para que pudiera generar tráfico a través de la línea 147.

Asimismo, señaló *“(…) cómo, en opinión de TELEFÓNICA, **el usuario de la tarjeta 147 es – para propósitos de la tarificación – un usuario de telefonía de uso público,** no un abonado o usuario de la telefonía fija.”*

En cumplimiento de la Resolución N° 008-2000-CD/OSIPTEL, mediante carta GGR-107-A-010-00, de fecha 3 de marzo de 2000, TELEFÓNICA puso en conocimiento de OSIPTEL el uso, aplicaciones y precios de la Tarjeta 147, reiterando expresamente que la referida tarjeta constituye un medio de pago para la telefonía de uso público, precisando además que ésta seguiría manteniendo las tarifas reguladas por OSIPTEL para la telefonía de uso público.

¹⁷ Mediante la cual resolvió la apelación interpuesta por TELEFÓNICA contra la Resolución de Gerencia General N° 073-99-GG/OSIPTEL de fecha 12 de octubre de 1999 que sancionó a TELEFÓNICA con una multa ascendente a 50 UIT s por la venta de la Tarjeta 147 con tarifas por encima de las aprobadas por OSIPTEL y publicadas por TELEFÓNICA para el servicio de telefonía fija. La Resolución N° 008-2000-CD/OSIPTEL declaró infundado en parte la demanda y sancionó a TELEFÓNICA con 30 UIT por no haber informado a OSIPTEL respecto de las condiciones y características de la Tarjeta 147.

tarificado como tráfico originado en teléfonos públicos y no como se tarifica el tráfico originado en los teléfonos de abonado.

Asimismo, según TELEFÓNICA la Gerencia General habría seguido esta línea, tal como se desprende las comunicaciones C.412-GG.GPR/2000 de fecha 31 de marzo de 2000 y C.812-GG-L/2000, de fecha 27 de junio de 2000, en las cuales se señala que la Tarjeta 147 es una tarjeta de la telefonía de uso público.

Sobre el particular, corresponde precisar lo siguiente:

a. *No facturación de los consumos de la Tarjeta 147 al abonado y uso del terminal de telefónico como mecanismo de acceso a la cuenta de telefonía de uso público:*

Con relación al punto a, debe señalarse que tal como se ha mencionado, el mecanismo de pago de un servicio no altera su naturaleza. En tal sentido, el que no se facture al abonado por las llamadas realizadas desde su teléfono mediante el uso de la Tarjeta 147 no altera la naturaleza del servicio de telefonía en la modalidad de abonado.

Si lo señalado por TELEFÓNICA fuera cierto no sería posible aplicar el mecanismo de tarjetas prepago para la telefonía a través de abonados, puesto que esta situación automáticamente lo convertiría en telefonía de uso público, con las consecuencias que esto trae consigo.¹⁸

De otro lado, el que la llamada se registre en una plataforma instalada con el propósito de controlar el prepago de dicho servicio es una característica de una de las modalidades de tarjetas prepago¹⁹ y no de la telefonía de uso público, por lo que tal hecho no califica a las llamadas como de teléfonos públicos.

b. *Anonimato como característica común de la telefonía de uso público y de la tarjeta 147:*

Con relación al argumento de TELEFÓNICA expuesto en el literal b, debe precisarse que si bien es cierto que los usuarios de telefonía de uso público no son identificables - al igual que los compradores de la Tarjeta 147 - esta característica no es exclusiva de dicha modalidad. En efecto, en la modalidad de abonado la única persona identificada es el abonado, sin embargo, dicha modalidad telefónica tiene también usuarios diferentes al abonado que son tan anónimos como los usuarios de teléfonos públicos.²⁰

¹⁸ Uno de los efectos que traería consigo una interpretación como la de TELEFÓNICA, es que a las llamadas de abonado mediante la utilización de tarjetas prepago se les apliquen las tarifas correspondientes para otra modalidad del servicios - la telefonía de uso público-, las cuales están diseñadas en función a costos ajenos a las llamadas realizadas desde terminales de abonado, como lo son los costos de inversión en teléfonos públicos interiores y exteriores, costos de operación y mantenimiento y comisión de administración, a los que alude la Exposición de Motivos de la Resolución N° 018-2001-CD/OSIPTEL (resolución mediante la cual se fija el cargo tope promedio ponderado para el acceso a los teléfonos públicos operados por TELEFÓNICA).

¹⁹ Otra modalidad de tarjeta prepago por ejemplo es la que tiene un chip donde se almacena la información sobre los saldos pendientes.

²⁰ Como se ha señalado anteriormente, por definición, el servicio telefónico no se presta únicamente al abonado, sino que se presta a usuarios en general, entendiéndose por usuarios a aquella "Persona natural o

Por tal motivo, diferenciar a la telefonía a través de teléfonos públicos con la telefonía bajo la modalidad de abonado, en función al anonimato de sus usuarios, y equiparar una tarjeta prepago por tal motivo con la telefonía bajo la modalidad de teléfonos públicos, carece de sustento jurídico.

c. Disponibilidad de la telefonía de uso público y de la Tarjeta 147 y Comercialización de la Tarjeta 147 como “Línea disponible a cualquier persona, desde cualquier lugar y en cualquier momento.”:

Con relación al punto c, si bien el acceso a los teléfonos públicos está disponible para cualquier persona, como lo está la compra de una Tarjeta 147, no es cierto que la utilización de dicha Tarjeta desde un terminal de abonado esté disponible a cualquier persona, en cualquier lugar y a cualquier hora como lo está el acceso desde un teléfono público. La utilización de dicha tarjeta desde un terminal de abonado, está sujeta a la autorización del titular, como lo está también la realización de llamadas por parte de cualquier usuario sujetas a facturación y cobro a través del sistema de emisión de recibos.

Por tal motivo, el criterio señalado por TELEFÓNICA para identificar a la Tarjeta 147 con la telefonía bajo la modalidad de teléfonos públicos no es válido.

De otro lado, el que TELEFÓNICA haya decidido publicitar la Tarjeta 147 como una línea disponible a cualquier persona, desde cualquier lugar y en cualquier momento, en función a su capacidad de medio de pago de llamadas realizadas bajo las dos modalidades de prestación del servicio telefónico, constituye parte de la estrategia comercial de dicha empresa para vender su tarjeta prepago, y por lo tanto no afecta la naturaleza del servicio prestado²¹.

d. Los adquirentes de la Tarjeta 147 no tienen la calidad de abonados cuando realizan llamadas desde un terminal de abonados:

En lo relativo al argumento expuesto en el literal d, tal como se ha señalado anteriormente, el servicio de telefonía bajo la modalidad de abonado no sólo se presta al abonado, sino a todo aquel que haga uso de dicho servicio en forma permanente o eventual a quien se denomina usuario.

En tal sentido, el hecho de que el adquirente de la Tarjeta 147 no tenga la calidad de abonado cuando realiza llamadas desde un terminal de abonado, no desnaturaliza la modalidad del servicio, ni implica que el servicio prestado

jurídica que en forma eventual o permanente, tiene acceso a algún servicio público o privado de telecomunicaciones.” (Anexo – Glosario de Términos del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones). En tal sentido, usuario del servicio en la modalidad de abonado es tanto el abonado que ha celebrado el contrato con la empresa operadora y que es plenamente identificable, como la persona que de manera permanente o eventual utiliza dicho servicio y que es completamente anónima y no resulta identificable respecto de la empresa operadora.

²¹ Ver literal e) del presente punto.

se convierta en la modalidad de teléfonos públicos. Por tal motivo, este argumento también carece de sustento jurídico.

e. Actuación y declaraciones efectuadas por TELEFÓNICA y supuesto silencio de OSIPTEL:

Con relación al argumento de TELEFÓNICA relativo a que dicha empresa ha comunicado a OSIPTEL en diferentes oportunidades su opinión respecto del tema y que OSIPTEL nunca se pronunció en contra, debe precisarse que los servicios públicos de telecomunicaciones se encuentran definidos en el Texto Único de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, y por el Reglamento de dicha Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 006-94-TCC (el cual además define las modalidades de los referidos servicios), no existiendo norma legal alguna que otorgue a la decisión o actuación unilateral de una empresa, ni al silencio del regulador, la facultad de modificar la naturaleza de un servicio (o modalidad de servicio).

Por tal motivo, ni el que TELEFÓNICA haya enviado a OSIPTEL comunicaciones dejando constancia de su opinión sobre la naturaleza de las llamadas materia de la presente controversia, ni la decisión unilateral de dicha empresa de comercializar su tarjeta prepago 147 como si fuera una suerte de línea portátil aprovechando las ventajas que las tarjetas prepago ofrecen, ni el supuesto silencio del regulador, pueden afectar la naturaleza de éstas tienen en virtud de la normativa vigente.²²

f. Actuación y declaraciones de OSIPTEL:

Finalmente, con respecto a la afirmación de TELEFÓNICA respecto a que el regulador considera a las llamadas en cuestión como llamadas bajo la modalidad de teléfonos públicos, corresponde señalar lo siguiente:

- (i) No es cierto que el Consejo Directivo en la Resolución N° 008-2000-CD/OSIPTEL haya reconocido que al tráfico generado por la Tarjeta 147 deba aplicarse la tarifa de teléfonos públicos como lo afirma TELEFÓNICA.

Dicha resolución simplemente señala que no constituye infracción el permitir el pago de las llamadas realizadas desde teléfonos de abonado mediante la utilización de tarjetas prepago, para que pueda ser utilizado como opción alternativa al servicio prestado a través de teléfonos públicos.²³

²² En tal sentido, el que (i) TELEFÓNICA denomine y considere que al acceder a la plataforma prepago se accede a la “cuenta de telefonía de uso público”; (ii) no haya incluido el tráfico producido por la Tarjeta 147 para el incremento de las tarifas de telefonía básica, no tiene ninguna implicancia; (iii) “en opinión de TELEFÓNICA”, el usuario de la tarjeta 147 sea – para propósitos de la tarificación – un usuario de telefonía de uso público, y no un abonado o usuario de la telefonía fija; y (iv) que “(...), en opinión de TELEFÓNICA, el usuario de la tarjeta 147 es – para propósitos de la tarificación – un usuario de telefonía de uso público.” no tiene ningún efecto jurídico.

²³ “(...) no configura como una infracción administrativa, el acto del concesionario de un servicio público de telecomunicaciones que lo pone a disposición del público consumidor, bajo la forma de tarjetas “prepago”,

Es decir, de acuerdo con la referida resolución la utilización de tarjetas prepago desde terminales de abonado puede ser concebida como una **alternativa** al servicio prestado bajo la modalidad de teléfonos públicos, **y no como parte de él.**

Siguiendo esta línea, la Resolución establece claramente que TELEFÓNICA habría percibido de los consumidores que utilizaron la Tarjeta 147 desde terminales de abonados, **precios de servicios de una modalidad de prestación no autorizada.**²⁴

Asimismo, es del caso precisar que si bien el Consejo Directivo sancionó a TELEFÓNICA únicamente por no haber comunicado a OSIPTEL las tarifas que planeaba cobrar, esto no implica que haya considerado que las llamadas realizadas desde terminales de abonado mediante la Tarjeta 147 sean llamadas bajo la modalidad de teléfonos públicos.

- (ii) De otro lado, tampoco es cierto que en las comunicaciones mencionadas por TELEFÓNICA, OSIPTEL haya declarado que el servicio materia de la presente controversia sea parte de la modalidad de teléfonos públicos. Dichas comunicaciones, simplemente recogen y parten de la afirmación de TELEFÓNICA relativa a que la Tarjeta 147 esta referida a servicios bajo la modalidad de teléfonos públicos.
- (iii) Finalmente, OSIPTEL se ha pronunciado expresamente en sentido contrario al que sostiene TELEFÓNICA, tal como consta de la carta N° C.895-GG.GPR/2002 de fecha 20 de junio de 2002 dirigida a TIM Perú S.A.C. antes citada, en la cual se señala expresamente lo siguiente:

*“(...) con respecto al uso de las tarjetas prepago, **los mismos se constituyen en medios de pago habilitados por las empresas, como consecuencia de sus propias estrategias comerciales, con la finalidad de que sus usuarios tengan diversas opciones de acceso a los servicios públicos que ellas proveen. En ese sentido, el uso de dichos medios de pago debe de considerarse únicamente como una facilidad para el acceso a los servicios prestados por una empresa operadora, por lo cual su uso es independiente de los cargos de interconexión y de los procesos de liquidación que se derivan de las comunicaciones cursadas utilizando dicha facilidad** . De esta manera, los cargos de interconexión a liquidarse entre empresas y las liquidaciones de los mismos deben de derivarse estrictamente de las redes de servicios públicos que intervienen en las comunicaciones y de los términos y condiciones establecidos en los respectivos contratos de interconexión.*

para que pueda ser utilizado mediante teléfonos de abonado, como facilidad u opción alternativas a la oferta principal de la prestación del servicio de telefónico a través de teléfonos públicos.”

²⁴ “(...) al haber percibido Telefónica de algunos consumidores, específicamente de los que utilizaron equipos terminales de abonados, **precios de servicios de una modalidad de prestación no autorizada**, la empresa debe devolver los montos que correspondan a los usuarios que no fueron debidamente informados de las condiciones de uso de la mencionada tarjeta.” (Resaltado agregado).

*Por lo anteriormente expuesto, le informamos que **el cargo de interconexión a aplicarse** en las comunicaciones originadas en la red del servicio de telefonía fija local en la modalidad de abonados de Telefónica del Perú S.A.A., independientemente del medio de pago a utilizarse, y terminadas en la red del servicio de comunicaciones personales de su representada **debe de regirse estrictamente a lo establecido en el contrato de interconexión suscrito por ambas empresas** y aprobado por OSIPTEL mediante Resolución de Gerencia General N° 181-2000-GG/OSIPTEL.” (Resaltado agregado).*

Adicionalmente a lo antes expuesto, debe tomarse en consideración que la diferenciación entre las tarifas de teléfonos de abonado y teléfonos públicos se basa en los mayores costos que implica la prestación del servicio bajo esta última modalidad, tales como: costos de inversión en teléfonos públicos interiores y exteriores, costos de operación y mantenimiento y comisión de administración²⁵. Dichos costos no se presentan en las llamadas realizadas desde terminales de abonado mediante el uso de la Tarjeta 147.

En virtud de lo expuesto, la Secretaría Técnica considera que los argumentos planteados por TELEFÓNICA carecen de sustento jurídico, y que por lo tanto no desvirtúan su posición respecto de que las llamadas originadas en terminales de abonado con motivo de la utilización de la Tarjeta 147 son llamadas de la modalidad de abonado.

En tal sentido, la Secretaría Técnica mantiene dicha posición y concluye que en el referido caso, al tratarse de llamadas bajo la modalidad de abonado, corresponde la aplicación del sistema EL QUE LLAMA PAGA, con las consecuencias antes mencionadas.²⁶

3. Comisión de la infracción imputada por parte de TELEFÓNICA:

Habiéndose determinado la obligación de TELEFÓNICA de aplicar el sistema EL QUE LLAMA PAGA respecto de las llamadas originadas de teléfonos de abonados mediante la utilización de la Tarjeta 147, corresponde determinar si dicha empresa ha incurrido en la infracción imputada por incumplimiento a la normativa y a los contratos de interconexión vigentes con BELLSOUTH.

Ante la denuncia de BELLSOUTH, TELEFÓNICA reconoce expresamente que a partir de julio de 2001 no ha aplicado el sistema EL QUE LLAMA PAGA respecto de las llamadas originadas en teléfonos de abonado con ocasión de la utilización de la Tarjeta 147²⁷ - sistema que de acuerdo con la normativa vigente²⁸, y los

²⁵ Tal como se detalla en la Exposición de Motivos de la Resolución N° 018-2001-CD/OSIPTEL, resolución mediante la cual se fijó el cargo tope promedio ponderado para el acceso a los teléfonos públicos operados por TELEFÓNICA.

²⁶ Habiéndose llegado a esta conclusión no corresponde analizar los demás argumentos planteados por TELEFÓNICA en su contestación de demanda.

²⁷ TELEFÓNICA señala en su contestación de demanda que “Como se demuestra en este escrito, hoy **BELLSOUTH se encuentra impedida de fijar las tarifas aplicables a las llamadas originadas desde las redes de TELEFÓNICA mediante el uso de tarjetas 147.** De hecho, es TELEFÓNICA quien en este momento establece y cobra la tarifa aplicable a dichas comunicaciones.(...) Así las cosas, parece poco razonable que se sostenga – como ahora pretende la demandante – que, no obstante que las tarifas

contratos de interconexión celebrados entre las partes, corresponde ser aplicado en el presente caso – y, en su lugar, haber aplicado el cargo de interconexión establecido en la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL. Por tal motivo, no es necesario recurrir a prueba adicional alguna respecto de dicho hecho.

En tal sentido, TELEFÓNICA habría incumplido sus contratos de interconexión, y la normativa en materia de cargos de interconexión al haber incumplido lo establecido en la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL, así como lo dispuesto en el artículo 13° del Reglamento de Interconexión, según el cual los operadores se encuentran obligados a pagarse entre sí los cargos de acceso que acuerden en relación a las instalaciones a brindarse para la interconexión y que sean aprobados por OSIPTEL.

De acuerdo con establecido en el artículo 44° del Reglamento de Interconexión, el incumplimiento de las obligaciones contraídas en los contratos de interconexión que no se encuentre tipificado expresamente como muy grave, constituye infracción grave.

Sin embargo, el incumplimiento de la normativa en materia de cargos de interconexión se encuentra expresamente tipificado como infracción muy grave en el artículo 36° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, modificado por la Resolución N° 048-2001-CD/OSIPTEL (el Reglamento de Infracciones según el cual *“La empresa que incumpla con las disposiciones que se emitán sobre cargos establecidos para la interconexión incurrirá en infracción muy grave.”*

En consecuencia, de conformidad con lo antes expuesto, TELEFÓNICA habría incurrido en infracción muy grave tipificada en el artículo 36° del Reglamento de Infracciones.

aplicables a las llamadas efectuadas con la tarjeta 147 son fijadas por nuestra empresa, las liquidaciones deben ser efectuadas de acuerdo con el sistema “El Que Llama Paga.”

Asimismo TELEFÓNICA señala que: *“En definitiva, desde marzo de 2001 a junio de 2001 TELEFÓNICA siguió liquidando con BELLSOUTH de conformidad con el sistema “El Que Llama Paga.” “A partir de dicho momento–[de la emisión de la Resolución N° 025-2001-CD/OSIPTEL] ya no tenía sentido liquidar con BELLSOUTH de conformidad con el sistema “El Que Llama Paga”, pues ya se encontraba en vigencia el nuevo sistema para las llamadas originadas en las redes de telefonía de uso público, y tal como vimos, de conformidad con la naturaleza del servicio público éste sistema era el que se debía aplicar.”* (Resaltado agregado).

²⁸ Resolución N° 005-06-CD/OSIPTEL y Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL, modificada por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL.

VI. CONCLUSIONES:

1. El sistema EL QUE LLAMA PAGA se aplica respecto de las llamadas que se originen en la red de telefonía fija bajo la modalidad de abonado y que terminen en la red de telefonía móvil.
2. Las llamadas realizadas desde teléfonos de abonado mediante la utilización de la Tarjeta 147 son llamadas de la modalidad de abonado, y en consecuencia les resulta aplicable el sistema EL QUE LLAMA PAGA.
3. TELEFÓNICA, tal como la propia empresa lo reconoce, habría venido aplicando el cargo establecido en la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTEL, modificado por la Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL, en lugar de aplicar el sistema EL QUE LLAMA PAGA, y en consecuencia habría incurrido en la infracción tipificada por el artículo 36° del Reglamento de Infracciones, como muy grave.

Ana Rosa Martinelli
Gerente de Relaciones Empresariales