

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 002-2004-CD/OSIPTEL

Lima, 15 de enero de 2004

EXPEDIENTE N°	:	032-2003-GG/GPR/CI
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 397-2003-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	BellSouth Perú S.A. , en adelante, "BellSouth".

VISTOS: el Informe N° 001-GL/2004 de la Gerencia Legal de OSIPTEL, mediante el cual se presenta el proyecto de resolución que resuelve el recurso de apelación interpuesto por BellSouth contra la Resolución de Gerencia General N° 397-2003-GG/OSIPTEL, que aprueba el Acuerdo de Interconexión suscrito entre las empresas BellSouth Perú S.A. y Tim Perú S.A. (en adelante "Tim"), dentro del marco de relación de interconexión aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° 052-2001-GG/OSIPTEL, para la interoperabilidad del servicio de mensajes cortos de texto (SMS) y su Anexo Técnico.

CONSIDERANDO:

I. OBJETO:

Es objeto de la presente resolución resolver el recurso de apelación interpuesto por BellSouth contra la Resolución de Gerencia General N° 397-2003-GG/OSIPTEL.

II. ANTECEDENTES:

1. OSIPTEL es un organismo de derecho público interno, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, creado y regulado por el artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, por el artículo 6° de la Ley de Desarrollo Constitucional N° 26285 y por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332.
2. De conformidad con el artículo 110° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 06-94-TCC y sus modificaciones, OSIPTEL es competente para emitir pronunciamiento respecto de los acuerdos de interconexión que suscriban las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.
3. La Gerencia General de OSIPTEL es el órgano competente para emitir las resoluciones respecto de la evaluación de los acuerdos de interconexión presentados por las empresas operadoras y las demás resoluciones, conforme a lo establecido en el artículo 82° de la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2003-CD/OSIPTEL - Texto

Único Ordenado de las Normas de Interconexión (en adelante "Normas de Interconexión". Las resoluciones de la Gerencia General son susceptibles de impugnación administrativa de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Normas General de Procedimientos Administrativos, Ley 27444.

III. HECHOS:

1. Mediante Resolución de Gerencia General N° 397-2003-GG/OSIPTEL de fecha 16 de octubre de 2003 se aprobó el Acuerdo de Interconexión suscrito entre las empresas BellSouth y Tim, dentro del marco de su relación de interconexión aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° 052-2001-GG/OSIPTEL, para la interoperabilidad del servicio de mensajes cortos de texto (SMS) y su Anexo Técnico.
2. BellSouth interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 397-2003-GG/OSIPTEL mediante escrito recibido con fecha 07 de noviembre de 2003.
3. BellSouth solicita que el Consejo Directivo de OSIPTEL revoque la Resolución de Gerencia General N° 397-2003-CD/OSIPTEL. Esta empresa sustenta el recurso interpuesto en los fundamentos que se detallan a continuación:
 - (i) Ni BellSouth ni Tim han solicitado la aprobación del contrato de Intercambio de SMS, debido a que se trata de un Acuerdo Comercial
 - (ii) Se han vulnerado los procedimientos aplicables al declarar una relación de interconexión.
 - (iii) OSIPTEL no ha considerado los argumentos expuestos por BellSouth, por los cuales expone que el Acuerdo de Intercambio de SMS no constituye un acuerdo de interconexión.
 - (iv) No se han respetados los principios de debido proceso, transparencia, subsidiariedad, eficiencia y efectividad que establece el Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.
4. Mediante comunicación C.890-GG.L/2003 de fecha 25 de noviembre de 2003 – notificada con fecha 27 de noviembre de 2003 - se puso en conocimiento de Tim el recurso de apelación interpuesto por BellSouth.
5. Mediante carta DMR/CE/N° 352/03 de fecha 01 de diciembre de 2003, Tim absolvió el traslado conferido. En la referida comunicación, Tim hace expresa remisión a las consideraciones técnicas, regulatorias y legales expresada en las cartas DMR/CE/N° 258, DMR/DE/N° 282/03 y DMR/CE/N° 310/03 remitidas a OSIPTEL; mediante las cuales manifiesta que el acuerdo de interoperabilidad de SMS tiene un carácter netamente comercial y no debe ser considerado un acuerdo de interconexión.

IV. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. Acuerdos de Intercambio de SMS y Acuerdos de Interconexión

1.1. Fundamentos expuestos por las empresas operadoras

BellSouth sostiene que el intercambio de mensajes cortos (SMS) no es interconexión, en la medida que este servicio es totalmente independiente de la interconexión de redes que une a BellSouth y Tim. Considera lo siguiente:

- (i) El intercambio de mensajes cortos entre operadores no se establece a través de los enlaces de interconexión de las empresas, sino que se brinda a través de un proveedor - ajeno a las empresas operadoras - el cual es encargado de recibir los mensajes cortos del operador emisor y reenviarlos al operador receptor.
- (ii) Es técnicamente imposible que mediante los elementos que intervienen en la interconexión de redes se pueda hacer un intercambio de mensajes cortos en la medida que las plataformas de mensajes cortos son distintas.
- (iii) El servicio de intercambio de mensajes cortos se encuentran definidos como servicio de valor añadido y se soporta sobre el servicio de telefonía móvil. Consideran que el servicio no es esencial para poder establecer la comunicación entre los usuarios móviles, sino que es un servicio adicional que se ofrece a los abonados. En ese sentido, sostiene que los servicios de valor añadido se soportan sobre los servicios finales, por lo que no es necesario que se interconecten entre sí.
- (iv) La prestación del servicio de intercambio de mensajes cortos se realiza sobre la base de un acuerdo comercial, de manera que no se requiere de un contrato de interconexión. Los operadores son libres de proveer el servicio a sus usuarios dentro de su red o de restringir esta posibilidad.
- (v) La empresa que brinda el intercambio de mensajes cortos opera fuera del Perú y no se encuentra dentro de la jurisdicción de OSIPTEL.
- (vi) El servicio de intercambio de mensajes cortos se sujeta al marco de la libre y leal competencia. Si bien se trata de un servicio público de telecomunicaciones se encuentra sujeto a supervisión y no a regulación.
- (vii) El artículo 38° de las Normas de Interconexión tiene por objeto evitar que un acuerdo para intercambiar llamadas entre operadores que recién se van a interconectar, sea denominado de manera distinta para que no le resulte de aplicación una regulación específica. El Acuerdo de Intercambio de mensajes cortos no es para interconectar tráfico de voz sino para intercambiar mensajes cortos entre los usuarios. Asimismo, conforme al artículo 3° de las Normas de Interconexión, la interconexión se debe dar respecto de operadores de la misma naturaleza, no siendo conforme la definición de servicio telefónico respecto de la de servicio de mensajes cortos.

Asimismo, para efectos de evaluar lo expuesto por BellSouth, se debe considerar lo expuesto por Tim en las comunicaciones a que hace referencia en su carta DMR/CE/N° 352/03 de fecha 01 de diciembre de 2003:

- (i) Tim considera que los servicios de envío/recepción o de interoperabilidad de mensajes cortos (SMS) u otros servicios similares o los servicios de valor

agregado no se encuentran comprendidos dentro de la regulación de interconexión.

- (ii) Asimismo, esta empresa considera que si bien el regulador tiene la facultad de intervenir - por ejemplo vía la emisión de mandatos de interconexión - en el presente caso no existe justificación para una intervención regulatoria. Hace expresa referencia al principio de subsidiariedad señalado en el Reglamento de OSIPTEL.
- (iii) En función a lo señalado en el numeral (ii) Tim sostiene que los tres operadores móviles han llegado de modo libre y voluntario a un acuerdo transitorio, el cual ha funcionado adecuadamente. Estos contratos permiten que las plataformas se conecten bajo condiciones iguales tanto en lo técnico y los económico. Asimismo, considera que es una buena práctica regulatoria que ante la introducción de nuevos servicios se observe por un período razonable el desempeño en el mercado en un contexto desregulado.
- (iv) Sostiene que la cooperación entre operadores conectados para fijar cargos de acceso a través de acuerdos comerciales es muy común en diversas industrias, señalando el caso de las tarjetas de crédito y del NAP (Network Access Point).
- (v) Precisa que en el caso del intercambio de mensajes cortos, este servicio depende de un "gateway" externo independientemente de los operadores móviles. Este gateway se encuentra ubicado fuera del territorio nacional, por lo que el proveedor extranjero no puede estar sujeto a las reglas que eventualmente se emitan.
- (vi) Resulta claro que no está implicado el concepto de instalación o facilidad esencial, en la medida que el servicio de remisión o recepción de mensajes cortos no resulta esencial para posibilitar la comunicación entre los usuarios de las empresas operadoras de servicios móviles.
- (vii) De la experiencia internacional respecto a la interoperabilidad de mensajes cortos entre operadores del servicio móvil se aprecia que no se regulan los cargos de acceso ni existe intervención regulatoria.

1.2. Definición de interconexión contenida en las Normas de Interconexión

El artículo 3° de las Normas de Interconexión establece el alcance que la interconexión. Así se considera que 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 los servicios de telecomunicaciones prestados por otro operador.

Esta definición de interconexión también está recogida en la Normativa Comunitaria Andina, en su Decisión 462 - Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina ⁽¹⁾. En efecto, el artículo 2° de la referida norma - en sus Definiciones - considera por interconexión a todo enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de telecomunicaciones con objeto que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con

1 Publicada en la Gaceta Oficial el 01 de junio de 1999

los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro operador de los que se contraigan compromisos específicos ⁽²⁾.

Como se advierte, el concepto de interconexión es amplio y no se encuentra limitado a comunicaciones en las cuales se transmita únicamente voz sino que se pueda transmitir información que permita la comunicación entre los usuarios de un operador y los usuarios de otro operador, sea que se trate de voz, texto, imágenes o datos en general.

OSIPTEL ha expresado en pronunciamientos anteriores la importancia de la interconexión en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Así, se ha expresado que:

" Con la interconexión en el sector de las telecomunicaciones se busca lograr la integración de redes y servicios, eventualmente diferentes, creándose una gran red a través de la cual, los usuarios pueden acceder a múltiples servicios de telecomunicaciones usando la misma infraestructura. Ello genera que los usuarios tengan una mayor diversidad de servicios a su disposición, ampliando sus opciones de consumo en condiciones de calidad y a precios competitivos; efecto directo de la posibilidad de comunicación de los usuarios de la red de un operador con los usuarios de otra red de un distinto operador.

(...)

Los objetivos generales de la reglamentación vigente en esta materia son (i) garantizar la interoperatividad de las redes y servicios de telecomunicaciones, (ii) crear y garantizar las condiciones necesarias para una competencia que genere bienestar a los usuarios de servicios de telecomunicaciones y al sistema económico en su conjunto, (iii) promover la inversión y la eficiencia económica, y (iv) establecer procedimientos y condiciones que incentiven a las empresas a acordar contratos de interconexión adecuados a los principios del sistema económico, interviniendo el órgano regulador sólo en supuestos específicos." ⁽³⁾

En ese sentido, OSIPTEL reafirma lo expuesto que la interconexión genera beneficios para las empresas operadoras y los usuarios - externalidades positivas de red - y que su reglamentación resulta aplicable a las distintas formas de transmisión de información entre la infraestructura en red de los operadores, independientemente de la forma en que la información sea transmitida (medios alámbricos o inalámbricos, o utilizando interfaces o "gateways" para la comunicación entre las distintas tecnologías, o sea que la información transmitida sea voz, texto, imágenes o datos).

A fin de determinar si el denominado "Acuerdo Comercial Tim Perú S.A.C. y BellSouth Perú S.A." constituye un Acuerdo de Interconexión sujeto a la aprobación a que hacen referencia

2 Este Consejo Directivo anteriormente ha establecido - mediante la Resolución N° 061-2001-CD/OSIPTEL "Reglamento del Sistema de Llamada por Llamada en el Servicio Portador" - la plena aplicación de esta normativa en el Perú.

3 Texto del Mandato de Interconexión N° 001-99-GG/OSIPTEL publicado en el diario oficial El Peruano el 22 de setiembre de 1999.

las Normas de Interconexión es preciso determinar su alcance y contenido. En su cláusula segunda establece lo siguiente:

"Segundo: Objeto del Acuerdo

Es objeto del presente acuerdo establecer las condiciones para la aplicación de proyecto piloto de carácter experimental con el objeto de posibilitar en forma limitativa la interoperabilidad del servicio de mensajes cortos de texto (SMS) a fin que los usuarios móviles de una de las partes envíen /reciban mensajes cortos de texto (SMS) desde/en sus terminales móviles a/de los usuarios móviles de la otra parte. (sic)

Se advierte con claridad que este servicio de intercambio de mensajes cortos - como facilidad derivada de la tecnología de los servicios móviles - permite la comunicación entre los usuarios de BellSouth y los usuarios de Tim. Esta comunicación está compuesta por los mensajes cortos de texto que un usuario envíe o reciba de otro usuario del servicio móvil.

En ese sentido, este Consejo Directivo considera que el "Acuerdo Comercial Tim Perú S.A.C. y BellSouth Perú S.A." tiene por objeto la comunicación entre los usuarios de ambas redes, por lo que se enmarca dentro del concepto de interconexión que rige en el Perú y que deriva de las Normas de Interconexión y de la Normativa Andina.

1.3. Características técnicas de la interconexión que permite la comunicación de los usuarios mediante mensajes cortos.

El intercambio de mensajes entre operadores, conforme expresa BellSouth, no se establece a través de los enlaces de interconexión de las empresas - añadiendo que sería técnicamente imposible hacerlo -, sino a través de un proveedor externo. Al respecto, este Consejo Directivo considera que si bien no existe una utilización de la infraestructura existente para la interconexión, sí se utilizan elementos de red tanto del operador del cual se envía el mensaje como del operador que lo recibe ⁽⁴⁾ los cuales están asociados necesariamente a posibilitar la comunicación.

Así, debe apreciarse que un mensaje de texto enviado por un usuario de uno de los operadores es transmitido y entregado al otro operador, luego de la utilización de una interfaz que facilita el entendimiento entre las tecnologías utilizadas por los operadores.

Contrariamente a lo expuesto por BellSouth y en su oportunidad por Tim - debe dejarse claramente establecido que la existencia de plataformas de mensajes cortos distintas en las redes de los operadores de los servicios móviles y que se requiera la utilización de una interfaz - operada por una tercera empresa ajena a la relación y ubicada fuera del territorio nacional - para el entendimiento de las tecnologías, no implica la inexistencia de una

4 Existiendo costos asociados a dichos usos que deben ser retribuidos

conexión entre las redes de ambas empresas y en consecuencia, un intercambio de las comunicaciones entre los usuarios de dichos operadores ⁽⁵⁾.

Asimismo, resulta importante mencionar que resulta absolutamente transparente dentro de la interconexión (que permite el intercambio de los mensajes) que la interfaz se encuentre dentro o fuera del territorio, o que sea operada por un tercer proveedor. Resulta plenamente factible que la interfaz la haya provisto cualquiera de los operadores involucrados en la relación de interconexión.

Adicionalmente, debe considerarse que no se trata de una interconexión entre servicios de valor agregado - como sostiene BellSouth y Tim - sino una interconexión entre las redes de los servicios finales cuya tecnología permite brindar facilidades de comunicación a los usuarios de estos servicios (envío y recepción de mensajes cortos dentro o fuera de la red).

Se trata, en ese sentido, de una interconexión admitida legalmente - con carácter obligatorio en el caso de los servicios finales - y de servicios de igual naturaleza (servicios públicos de telecomunicaciones), en la cual se presentan facilidades que son suministradas por un solo proveedor (la red del operador que envía o recibe el mensaje) y cuya sustitución no es factible en lo económico ni en lo técnico.

1.4. Ámbito de regulación y supervisión de OSIPTEL

OSIPTEL considera que se encuentran dentro de ámbito de regulación y supervisión aquellos acuerdos que impliquen la interconexión entre empresas que presten servicios portadores o finales dentro del territorio nacional. En ese sentido, OSIPTEL emite pronunciamiento respecto del denominado Acuerdo Comercial en la medida que se encuentra dentro de su ámbito de competencia y éste constituye un Acuerdo que implica la interconexión entre las redes y servicios de dos empresas concesionarias.

Debe quedar claramente establecido que OSIPTEL mediante la resolución materia de impugnación no ha regulado o supervisado - ni se ha atribuido competencia - respecto de los acuerdos que hayan suscrito BellSouth o Tim con el proveedor de la interfaz que facilita el intercambio de mensajes cortos.

Ahora bien, es importante señalar que la aprobación del Acuerdo celebrado entre BellSouth y Tim mediante Resolución de Gerencia General N° 397-2003-GG/OSIPTEL no constituye una intervención económica no justificada, como se verá líneas más adelante.

1.5 Aplicación del artículo 38° de las Normas de Interconexión

La resolución impugnada expresamente cita el artículo 38° de las Normas de Interconexión, el cual señala que sin perjuicio de la denominación que las partes le confieran, los acuerdos

5 Lo cual no contraviene el artículo 21° de las Normas de Interconexión que establece que bs servicios portadores constituyen el principal medio de interconexión entre los servicios y redes de telecomunicaciones.

entre los operadores a interconectarse que comprendan compromisos u obligaciones relacionadas con la interconexión misma, que posibiliten la comunicación entre los usuarios de ambas empresas o que establezcan cargos para el transporte o terminación de llamadas o, en general, cargos de interconexión, constituyen acuerdos de interconexión y deberán ser presentados a OSIPTEL a efectos de su evaluación y pronunciamiento.

Como se ha señalado en el numeral 1.1. de la presente resolución, BellSouth considera que el artículo 38° de las Normas de Interconexión tiene por objeto evitar que un acuerdo para intercambiar llamadas entre operadores que recién se van a interconectar, sea denominado de manera distinta para que no le resulte de aplicación una regulación específica. Sin embargo, este Consejo Directivo discrepa de lo manifestado por esta empresa.

En primer lugar, debe considerarse que el artículo 38° de las Normas de Interconexión se aplica tanto a las empresas que recién van a interconectar sus redes y servicios, como para las empresas que estando ya interconectadas suscriben acuerdos que complementan o modifican o extinguen una relación de interconexión existente. En ese sentido, debe descartarse una interpretación meramente literal del mencionado artículo, debiendo entenderse que la intención del referido artículo es que cualquier acuerdo relativo a interconexión esté sujeto a aprobación por OSIPTEL.

Por otro lado, la recurrente señala que en la medida que las empresas no liquidan el intercambio de mensajes cortos, no existe un cargo de terminación de mensajes cortos. Sin embargo, esta condición económica – sujeta a la imposición del principio de no discriminación – es factible de ser modificada por las partes y acordar legalmente un sistema de cargos que incluyan una retribución por el uso de la red para este tipo de mensajes ⁽⁶⁾.

2. Del procedimiento administrativo

2.1. Cumplimiento del debido proceso

Bellsouth sostiene que la actuación de OSIPTEL se sujeta a los límites dispuestos por la Ley del Procedimiento Administrativo General y en función a ello sostiene que, en aplicación del derecho al debido proceso, OSIPTEL debe pronunciarse respecto todos los puntos planteados por BellSouth y Tim durante el procedimiento de aprobación del acuerdo complementario de interconexión..

Sobre el particular, este Consejo Directivo advierte que la Resolución de Gerencia General N° 397-2003-GG/OSIPTEL cumple con cada uno de los requisitos de validez de los actos administrativos. Así, ha sido expedida por el órgano competente, el cual es la Gerencia General, conforme a lo dispuesto por el artículo 82° de las Normas de Interconexión; tiene un objeto expreso (la aprobación del Acuerdo de Interconexión); tiene una finalidad pública; se encuentra debidamente motivado; y se ha seguido conforme a un procediendo regular, en el cual tanto BellSouth como Tim han tenido la oportunidad de intervenir y ejercer sus derechos.

6 Es razonable considerar que esta situación da lugar a que el uso de la red sea para tráfico de voz o para datos deba ser remunerado.

Respecto de la motivación de los actos administrativos, se considera que ésta ha sido adecuada en la medida que se define la interconexión conforme a las Normas de Interconexión, considerándose que el Acuerdo evaluado constituye un Acuerdo de Interconexión y por ende, sujeto a aprobación de acuerdo al artículo 38° de las Normas de Interconexión antes citado.

Asimismo, se hace expresa referencia a la cláusula cuarta del contrato de interconexión – aprobado por Resolución de Gerencia General N° 052-2001-GG/OSIPTEL que dispone que los acuerdos relacionados con la prestación de servicios adicionales, conexos o complementarios relativos a la interconexión se encuentran sujetos a la supervisión y aprobación de OSIPTEL.

2.2. Aplicación del principio de subsidiariedad

BellSouth sostiene que la actuación de OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no son adecuados para satisfacer los intereses de los usuarios y los competidores ⁽⁷⁾. Asimismo, considera que (i) no se requiere de un contrato de interconexión y los operadores son libres de proveer el servicio a sus usuarios dentro de su red o de restringir esta posibilidad y (ii) el servicio de intercambio de mensajes cortos se trata de un servicio público de telecomunicaciones sujeto a supervisión y no a regulación ^{(8) (9)}.

El artículo 11° del Reglamento de OSIPTEL establece lo siguiente: *"La actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores"*.

OSIPTEL advierte que (i) dadas las condiciones actuales de prestación de los servicios móviles, la comunicación no se limita a la transmisión de voz sino además se transmiten datos en general, dentro de la tecnología existente, y (ii) el desarrollo tecnológico permitirá que existan mayores prestaciones a los usuarios que involucren comunicación entre estos, dentro de la red de su operador como con usuarios de la red de otros operadores.

7 Tim de forma similar considera que si bien el regulador tiene la facultad de intervenir, en el presente caso no existe justificación para una intervención regulatoria. Hace expresa referencia al principio de subsidiariedad señalado en el Reglamento de OSIPTEL.

8 En el mismo sentido, Tim sostiene que los tres operadores móviles han llegado de modo libre y voluntario a un acuerdo. Considera que es una buena práctica regulatoria que ante la introducción de nuevos servicios se observe por un período razonable el desempeño en el mercado en un contexto desregulado.

9 Tim manifiesta que la cooperación entre operadores conectados para fijar cargos de acceso a través de acuerdos comerciales es muy común en diversas industrias, señalando el caso de las tarjetas de crédito y del NAP (Network Access Point). Este organismo considera que este tipo de acuerdo de cooperación entre operadores competidores resultan beneficiosos para el mercado. Debe resaltarse que el acuerdo respecto del cual la Gerencia General emite pronunciamiento tiene características especiales - posibilita la comunicación entre usuarios de dos redes de servicios públicos de telecomunicaciones - que la distinguen de los acuerdos citados por Tim. Este acuerdo se encuentra dentro del marco establecido por las Normas de Interconexión. Por otro lado, si bien es importante tomar como referencia la experiencia internacional - tal como lo señala Tim - debe tenerse en cuenta que las Normas de Interconexión han previsto de una manera amplia qué tipo de relaciones jurídicas deben ser tratadas como interconexión, encontrándose dentro de ellas el acuerdo suscrito por BellSouth y Tim.

En ese sentido, OSIPTEL tiene que garantizar que las distintas modalidades de comunicación - con la tecnología disponible - entre los usuarios de las distintas redes de los operadores no se limiten por la falta de acuerdo de los operadores o que existan acuerdos que excluyan a los usuarios de un determinado operador, por circunstancias o razones que la normativa ha prohibido.

Así, si bien en este caso concreto las partes han suscrito libremente un acuerdo generando beneficios a sus usuarios, OSIPTEL ha actuado considerando que el mercado y los mecanismos de libre competencia no son suficientes para satisfacer los intereses de todos los usuarios de los servicios públicos móviles. En otras palabras, aún se pueden presentar situaciones ineficientes y con pérdida de beneficios para la sociedad en su conjunto. Cabe resaltar que de no existir contratos de interconexión para el intercambio de mensajes cortos entre los operadores de los servicios móviles se perderían los beneficios de las externalidades positivas de red y en consecuencia, se produce pérdida de eficiencia social.

En consecuencia, este Consejo Directivo considera que sí existe justificación desde el punto de vista regulatorio para emitir pronunciamiento respecto del acuerdo para el intercambio de mensajes de texto bajo el marco de interconexión y; no existe una afectación al principio de subsidiariedad u otro principio contenido en el Reglamento de OSIPTEL y que rija la práctica regulatoria.

Por otro lado, este Consejo Directivo discrepa con relación de lo manifestado por BellSouth respecto que no resulta adecuado que OSIPTEL haya aprobado el acuerdo comercial sin que las partes involucradas lo hayan solicitado.

Al respecto, el artículo 44° de las Normas de Interconexión⁽¹⁰⁾ establece la obligación de las empresas operadoras de presentar a OSIPTEL para su pronunciamiento sus acuerdos de interconexión. OSIPTEL ha advertido que el acuerdo suscrito contiene disposiciones sujetas a las Normas de Interconexión, y en consecuencia, resultaba necesario que emita pronunciamiento.

10 **"Artículo 44°.-** Producido el acuerdo de interconexión, las partes procederán a suscribir el contrato de interconexión y cualquiera de ellas lo presentará a OSIPTEL para su pronunciamiento con una anticipación no menor de treinta y cinco (35) días a la fecha prevista para la entrada en vigencia de dicho contrato. La entrada en vigencia del contrato se entenderá prorrogada por el término necesario de modo que el OSIPTEL disponga del plazo previsto en este artículo, contado a partir de su presentación, para emitir su decisión respecto de la aprobación del contrato o de la incorporación de observaciones.

El OSIPTEL podrá solicitar a las partes la información adicional que requiera para evaluar el contrato de interconexión que sea sometido a su aprobación, fijando un plazo para su presentación. El plazo fijado en la primera parte de este artículo se extenderá por un tiempo igual al de la demora en que incurra uno o ambos operadores en proporcionar la información que se les hubiese solicitado.

Antes de la fecha prevista en el respectivo contrato para su entrada en vigencia, el OSIPTEL emitirá un pronunciamiento escrito que exprese su conformidad con el documento, o expedirá las modificaciones o adiciones que estime necesarias, las mismas que serán obligatoriamente incorporadas al contrato, trátase de aspectos técnicos y/o de condiciones económicas del mismo."

No se puede afirmar que la aprobación de los contratos de interconexión sólo se presentará cuando medie solicitud expresa del operador o de los operadores en ese sentido, pues, ello limitaría la actuación del regulador respecto a garantizar el cumplimiento de la normativa de interconexión - en especial los artículos 38° y 44° - que exige que todo acuerdo de interconexión requiere de aprobación.

En ese sentido, el regulador se encuentra plenamente facultado a solicitar los acuerdos de interconexión que hayan suscrito los operadores y que no lo hayan presentado para aprobación, así como para emitir pronunciamiento, aún cuando - luego de presentado - expresamente las partes no hayan solicitado su aprobación.

Por los fundamentos expuestos en la presente resolución, debe declararse infundado el recurso de apelación interpuesto por BellSouth.

En aplicación de las funciones previstas en el Reglamento General de OSIPTEL y estando a lo acordado por el Consejo Directivo de OSIPTEL en su sesión N° 191;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar Infundado el recurso de apelación interpuesto por BellSouth Perú S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 397-2003-GG/OSIPTEL, que aprueba el Acuerdo de Interconexión suscrito entre las empresas BellSouth Perú S.A. y Tim Perú S.A., dentro del marco de relación de interconexión aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° 052-2001-GG/OSIPTEL, para la interoperabilidad del servicio de mensajes cortos de texto (SMS) y su Anexo Técnico.

Artículo 2°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa y Servicio al Usuario la notificación de la presente resolución a BellSouth Perú S.A.A. y Tim Perú S.A.C.

Regístrese, comuníquese y publíquese,

EDWIN SAN ROMÁN ZUBIZARRETA
Presidente del Consejo Directivo