

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012 Página: 1 de 24
	INFORME	

A	:	Gerencia General
ASUNTO	:	Recurso de reconsideración interpuesto por Compañía Telefónica Andina S.A. contra el Mandato de Interconexión dictado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 088-2012-CD/OSIPTEL.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00002-2012-CD-GPRC/MI
FECHA	:	27 de agosto de 2012

	DOCUMENTO	N° 424-GPRC/2012 Página: 2 de 24
	INFORME	

I. OBJETO.

El objeto del presente informe es analizar el recurso de reconsideración interpuesto por de Compañía Telefónica Andina S.A. (en adelante, TELEANDINA) contra el Mandato de Interconexión dictado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 088-2012-CD/OSIPTEL.

II. ANTECEDENTES.

Mediante Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL de fecha 12 de enero de 2000, se establecieron las condiciones técnicas, económicas, legales y operativas para interconectar la red del servicio portador de larga distancia de TELEANDINA con la red de los servicios de telefonía fija local y de larga distancia de TELEFÓNICA y la red del servicio de telefonía móvil de TELEFÓNICA MÓVILES (antes, Telefónica Servicios Móviles S.A.C.).

Mediante carta TM-925-A-099-12, recibida el 02 de marzo de 2012, TELEFONICA MÓVILES solicitó al OSIPTEL la emisión de un Mandato de Interconexión que modifique: (i) las condiciones económicas a fin de establecer que el cargo de interconexión aplicable a la terminación de las llamadas transportadas por la red del servicio portador de larga distancia de TELEANDINA con destino a la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES, sea conforme la normativa vigente en materia de interconexión, y, (ii) el procedimiento de liquidación, facturación y pago aplicable a la relación de interconexión que mantienen TELEANDINA y TELEFÓNICA MÓVILES.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 056-2010-CD/OSIPTEL de fecha 16 de mayo de 2012, se remitió a las partes el Proyecto de Mandato de Interconexión, otorgándose un plazo de veinte (20) días hábiles para que presenten sus comentarios.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 088-2012-CD/OSIPTEL de fecha 27 de junio de 2012 se dictó Mandato de Interconexión entre TELEANDINA y TELEFÓNICA MÓVILES, que modifica las condiciones económicas del Mandato de Interconexión aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2000-GG/OSIPTEL, a fin de establecer que el cargo de interconexión aplicable a la terminación de las llamadas transportadas por la red del servicio portador de larga distancia de TELEANDINA con destino a la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES, sea conforme la normativa de interconexión vigente; y el procedimiento de liquidación, facturación y pago aplicable a la relación de interconexión de TELEANDINA y TELEFÓNICA MÓVILES.

Mediante comunicaciones C.538-GCC/2012 y C.539-GCC/2012 recibidas con fecha 03 de julio de 2012, se notificó la Resolución de Consejo Directivo N° 088-2012-CD/OSIPTEL a TELEANDINA y TELEFÓNICA MÓVILES, respectivamente.

Mediante escrito recibido con fecha 24 de julio de 2012, TELEANDINA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 088-2012-CD/OSIPTEL, dentro del plazo establecido por el artículo 207.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

	DOCUMENTO	N° 424-GPRC/2012 Página: 3 de 24
	INFORME	

Mediante comunicación C.124-GPRC/2012 recibida con fecha 25 de julio de 2012, se corre traslado a TELEFÓNICA MÓVILES del recurso de reconsideración interpuesto por TELEANDINA.

Mediante escrito recibido el 03 de agosto de 2012, TELEFÓNICA MÓVILES absuelve el traslado del recurso de reconsideración interpuesto por TELEANDINA, contra la Resolución de Consejo Directivo N° 088-2012-CD/OSIPTEL.

Mediante carta c.135-GPRC/2012 recibida con fecha 06 de agosto de 2012, se puso en conocimiento de TELEANDINA del escrito recibido el 03 de agosto de 2012 de TELEFÓNICA MÓVILES.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 122-2012-CD/OSIPTEL de fecha 14 de agosto de 2012, se denegó la solicitud de suspensión de efectos del Mandato de Interconexión aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 088-2012-CD/OSIPTEL.

Mediante escrito de fecha 13 de agosto de 2012, TELEANDINA presentó argumentos adicionales relativos a su recurso de reconsideración interpuesto con fecha 24 de julio de 2012.

Mediante carta C.143-GPRC/2012 recibida con fecha 16 de agosto de 2012, se puso en conocimiento de TELEFÓNICA MÓVILES el escrito presentado por TELEANDINA.

III. ANÁLISIS.

TELEANDINA en su recurso de reconsideración presentado con fecha 24 de julio de 2012 señala lo siguiente:

- (i) El Mandato no toma en consideración que el cargo de terminación en la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES, fue adoptado en el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL, y fue objeto de un acuerdo integrante de las concesiones recíprocas convenidas entre Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) y TELEANDINA por Contrato de Transacción⁽¹⁾, instrumento que es indivisible y constituye un título ejecutivo, que además ha sido objeto de decisión judicial que tiene calidad de cosa juzgada.
- (ii) La solicitud de emisión de mandato de interconexión de TELEFÓNICA MÓVILES no contiene motivaciones que la justifiquen, por lo que no amerita su consideración y resulta improcedente.
- (iii) La modificación del cargo por terminación en la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES establecida en el Mandato de Interconexión, contraviene la Sentencia Judicial⁽²⁾ que tiene calidad de cosa juzgada.

¹ Contrato de Transacción Extrajudicial, Reconocimiento de Deuda, Restitución de Interconexión, Compromiso de Pago y Constitución de Garantías Hipotecaria y Prendaria.

² En el Proceso seguido entre TELEFÓNICA y TELEANDINA, mediante Resolución N° 55 del 34° Juzgado Civil de Lima, Expediente 39622-2002-0-1801-JR-CI-34.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012 Página: 4 de 24
	INFORME	

Al respecto, TELEFÓNICA MÓVILES manifiesta que TELEANDINA pretende evitar la aplicación de las normas regulatorias que son de cumplimiento obligatorio, alegando la existencia de un Contrato de Transacción, en el que no fue partícipe TELEFÓNICA MÓVILES, y una sentencia con calidad de cosa juzgada, que incluso de manera expresa señala que el OSIPTEL mantiene la potestad de variar la forma de determinación y el monto de los cargos de terminación en la red del servicio móvil, basándose en costos.

3.1. Del cuestionamiento de la vía procedimental expuesto por TELEANDINA en su recurso de reconsideración.

TELEANDINA sostiene que el Informe 295-GPRC/2012 señala que procede la solicitud de emisión de Mandato de Interconexión de TELEFÓNICA MÓVILES en aplicación del Artículo 40º del TUO de las Normas de Interconexión, sin considerar que TELEFÓNICA MÓVILES debió cumplir con exponer las motivaciones de su solicitud. Precisa que la solicitud de emisión de Mandato de TELEFÓNICA MÓVILES ha sido formulada sólo por su interés de modificar las condiciones económicas contratadas entre TELEANDINA y TELEFÓNICA, aprobadas por el Mandato Nº 001-2000-GG/OSIPTEL, convenidas mediante Contrato de Transacción y ordenado su cumplimiento mediante sentencia judicial que tiene calidad de cosa juzgada.

Esta empresa refiere que la solicitud de TELEFÓNICA MÓVILES de modificar las condiciones económicas⁽³⁾ (y que adjunta un "Acuerdo Complementario Acuerdo de Interconexión") y propone la aplicación de un cargo tope, no constituye sustento o fundamento que amerite su consideración, motivo por el cual el pedido fue rechazado por TELEANDINA sin la existencia de negociación alguna.

TELEANDINA manifiesta que TELEFÓNICA MÓVILES no sustentó las razones económicas que limiten o imposibiliten a TELEFÓNICA cumplir la obligación de prestar el servicio en las condiciones pactadas. Sin un consistente fundamento, el pedido de modificar las condiciones económicas por la sola invocación del Artículo 40º del TUO de las Normas de Interconexión carece de sustento y resulta improcedente, en razón de que es un procedimiento especial aplicable en caso de modificaciones al Proyecto Técnico de Interconexión pactado entre las partes que afecten la compatibilidad técnica o funcional, la calidad del servicio, la puesta en servicio, los equipos o los aspectos económicos.

Sostiene que se requiere determinar cuál es la modificación efectuada al Proyecto Técnico de Interconexión y cómo tal modificación afecta la calidad del servicio, los equipos y los aspectos económicos de la interconexión.

Por su parte, TELEFÓNICA MÓVILES señala que el artículo 40º del TUO de las Normas de Interconexión, regula el procedimiento que debe seguir una empresa operadora en caso requiera introducir modificaciones que afecten la compatibilidad técnica o funcional, la calidad del servicio, la puesta en servicio, los equipos o los aspectos económicos; sin establecer ninguna disposición bajo la cual se exija que el solicitante de

³ Carta TM-925-A-057-12 de TELEFÓNICA MÓVILES, de fecha el 06 de febrero de 2012 recibida por TELEANDINA.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 5 de 24

la emisión de mandato deba justificar su pedido. Por lo que resulta incorrecto que TELEANDINA señale que es improcedente esta solicitud, al no haberse especificado el motivo de su solicitud.

Esta empresa, manifiesta que su pedido se sujeta en exigir la regularización del Mandato N° 001-2000-GG/OSIPTEL a las normas vigentes con el objetivo de que a todas las empresas operadoras que participan en el mercado se les aplique las mismas reglas económicas y técnicas. De lo contrario, se vulneraría los principios de no discriminación y neutralidad consagrados en la Ley de Telecomunicaciones.

Señala que resulta evidente que su pedido se sustenta en que la forma de liquidación establecida en el Mandato No. 001-2000-GG/OSIPTEL⁽⁴⁾ genera ventajas artificiales a TELEANDINA en el mercado de terminación de llamadas internacionales a costa de los ingresos de TELEFÓNICA MÓVILES, que incluso podría recibir un cargo de interconexión menor al costo que involucra brindar este servicio. Además, TELEANDINA obtendría una ventaja anticompetitiva, en perjuicio de sus demás competidores que se sujetan al régimen de interconexión vigente.

TELEFÓNICA MÓVILES señala que inició negociación con TELEANDINA, con fecha 08 de febrero de 2012, a fin de que se modifiquen las condiciones económicas del Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL, y que se modifique el procedimiento de liquidación, facturación y pago, conforme la normativa vigente en materia de interconexión.

Esta empresa precisa que es TELEFÓNICA MÓVILES la empresa operadora que presta el servicio de terminación de llamadas en la red del servicio móvil; en ese sentido, es la empresa que tiene legitimidad para solicitar la modificación del Mandato. Además, TELEFÓNICA MÓVILES resalta que conforme se estableció en el Artículo 2º del Mandato, cualquier acuerdo entre TELEFÓNICA MÓVILES y TELEANDINA -sin establecerse la intervención de TELEFÓNICA- posterior al Mandato de Interconexión, que pretenda variar cualquiera de las condiciones por él establecidas o la totalidad del mismo, es ineficaz hasta que sea comunicada a ambas empresas la aprobación del OSIPTEL respecto de dicho acuerdo.

En sus alegatos adicionales, TELEANDINA manifiesta que cuando TELEFÓNICA MÓVILES sostiene que el artículo 40º del TUO de las Normas de Interconexión, no establece ninguna disposición bajo la cual exija que el solicitante de la emisión del mandato deba justificar su pedido, se puede apreciar una cómoda posición de ventaja para pedir sin sustento la modificación de un cargo contratado entre TELEANDINA y TELEFÓNICA.

TELEANDINA considera que cualquier solicitud de modificación de una condición contractual requiere del sustento suficiente para primero admitirla y luego para

⁴ Los cargos establecidos en la Resolución N° 001-2000-GG/OSIPTEL son:

- Cuando se utilice como portador de larga distancia nacional a TELEANDINA para terminar en la red móvil de TSM, el cargo aplicable consiste en que TELEANDINA entregará el 25% del monto recibido por dicho tráfico.
- Cuando se trate de llamadas de larga distancia internacional entrante que TELEANDINA termine en la red móvil de TSM, el cargo aplicable consiste en que Teleandina entregará el 25% de las remesas recibidas correspondientes a TELEANDINA.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012 Página: 6 de 24
	INFORME	

resolverla con ajuste a derecho. Lo contrario envuelve una clara vulneración de todo principio esencial de derecho, y una actuación que no merece más comentario.

TELEANDINA sostiene, respecto de obtener una ventaja anticompetitiva, en perjuicio de sus demás competidores que se sujetan al régimen de interconexión vigente, que TELEFÓNICA MÓVILES confunde una condición de ventaja para competir, a la que tiene derecho TELEANDINA por contrato libremente pactado y ratificado por decisión judicial, con una supuesta ventaja anticompetitiva que no tiene adquirida, ni voluntad u opción de ponerla en práctica.

El establecimiento de cargos mediante negociación de partes se encuentra garantizada por el Artículo 62 de la Constitución Política del Perú, que establece que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato; y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

TELEANDINA señala que el artículo 62º de la Constitución Política del Perú es el motivo fundamental de su Recurso de Reconsideración, frente a la posición sin sustento de TELEFÓNICA MÓVILES que pide la modificación del cargo de terminación en la red del servicio móvil contratado entre TELEANDINA y TELEFÓNICA, aprobado por el Mandato Nº 001-2000-GG/OSIPTEL, ratificadas mediante Contrato de Transacción y ordenado el cumplimiento de lo pactado mediante sentencia judicial que tiene adquirida la calidad de cosa juzgada.

Finalmente, sostiene que TELEFÓNICA MÓVILES tiene legitimidad para solicitar la modificación del Mandato, sin embargo, no significa que tenga derecho a que éste sea modificado por su solo pedido.

Análisis del cuestionamiento de la vía procedimental expuesto por la recurrente en su recurso de reconsideración.

En la solicitud de mandato de interconexión, TELEFÓNICA MÓVILES solicita la modificación de las condiciones económicas establecidas en el Mandato Nº 001-2000-GG/OSIPTEL, a fin de que se establezca el cargo de terminación de llamadas en la red del servicio móvil conforme la normativa de interconexión vigente, y, que se modifique el procedimiento de liquidación, facturación y pago aplicable conforme al TUO de las Normas de Interconexión.

El TUO de las Normas de Interconexión contempla en su artículo 40º el procedimiento especial aplicable para las modificaciones que afecten la compatibilidad técnica o funcional, la calidad del servicio, la puesta en servicio, los equipos o los aspectos económicos, durante la ejecución del proyecto técnico de interconexión. Así, el artículo 40º del TUO de las Normas de Interconexión es una norma que permite que las relaciones de interconexión puedan ser modificadas por las causales antes establecidas, y siempre que exista una etapa previa de negociación entre las empresas operadoras.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 7 de 24

De la revisión de la solicitud de mandato de interconexión formulada por TELEFÓNICA MÓVILES se advierte que las modificaciones requeridas, se encuentran consideradas como condiciones económicas, y por tanto, se encuentran dentro de los supuestos establecidos en el referido artículo 40°.

Cabe señalar que ambas partes contaban con un plazo de negociación de esta modificación, conforme al artículo 40° del TUO de las Normas de Interconexión y en caso que exista discrepancia entre las partes, se encuentra garantizada la intervención del OSIPTEL para emitir un pronunciamiento que tiene la calidad de Mandato de Interconexión y que regula la relación jurídica entre las partes con carácter constitutivo a partir de su vigencia. Ello implica reconocer a las empresas operadoras nuevas condiciones a las que se sujetará su relación jurídica en los aspectos económicos.

Ahora bien, es preciso señalar que, contrariamente a lo que alega la recurrente, en el presente procedimiento se modifica un mandato de interconexión dictado por el OSIPTEL, mediante otro mandato de interconexión. No se presenta una afectación así a la libertad contractual de las partes, en la medida en que ambos pronunciamientos se emiten debido a la ausencia de acuerdo entre las partes. Así, se presenta la modificación de un acto administrativo como el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL por otro acto administrativo que es el que se expide con este mandato, lo cual se ajusta a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente.

Debe indicarse en esta instancia y en virtud del recurso de reconsideración interpuesto, que no se presenta en este caso una modificación injustificada de las condiciones económicas, sino una variación de las mismas que se encuentra acorde al ordenamiento jurídico que rige la interconexión, y en particular, los cargos de interconexión. En ese sentido, no se trata de una actuación discrecional de la administración ni una solicitud inmotivada del administrado. Conforme se aprecia en el Informe N° 295-GPRC/2012 sí existe justificación para la revisión de las condiciones económicas contenidas en el Mandato de Interconexión. Este pronunciamiento así se ajusta a criterios técnicos y económicos adecuados a la situación actual del mercado de las telecomunicaciones.

En efecto, como se desarrolla en el Mandato de Interconexión, el régimen de las condiciones económicas previsto en el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL no resulta adecuado y puede ser modificado válidamente. Para mayor claridad debe ratificarse que el cargo cuya defensa asume TELEANDINA brinda ventajas a esta empresa a las que no pueden acceder otros competidores en la medida que el valor no está sujeto a costos.

Así, resulta razonable y proporcional aceptar la modificación solicitada por TELEFÓNICA MÓVILES, dado que con ello se da un tratamiento uniforme y basado en costos a los cargos de interconexión, evitándose una afectación al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

De la revisión de lo actuado en el presente procedimiento, se aprecia que TELEFÓNICA MÓVILES solicitó expresamente la modificación del Mandato de Interconexión aprobado por Resolución N° 001-2000-GG/OSIPTEL, dando inicio al periodo de negociación

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012 Página: 8 de 24
	INFORME	

contenido en el artículo 40° del TUO de las Normas de Interconexión, por lo que no puede ampararse lo señalado por TELEANDINA respecto de que el sólo planteamiento de TELEFÓNICA MÓVILES no constituía sustento o fundamento que amerite su consideración y que no existió negociación alguna.

Se debe ratificar lo expuesto en el Mandato de Interconexión en el sentido que el 08 de febrero de 2012, TELEFÓNICA MÓVILES dio inicio a la negociación proponiendo la modificación de las condiciones económicas del Mandato de Interconexión Nº 001-2000-GG/OSIPTEL, a efectos de establecer que el cargo de interconexión por terminación de llamadas en la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES sea conforme la normativa de interconexión vigente; y, que el procedimiento de liquidación, facturación y pago sea establecido conforme al TUO de las Normas de Interconexión.

Asimismo, es posible concluir que al 02 de marzo de 2012 -fecha de solicitud del mandato- ya habían transcurrido los quince (15) días calendario establecidos en el mencionado artículo para conciliar las divergencias; por lo que, en ausencia de acuerdo entre las partes y a solicitud de TELEFÓNICA MÓVILES, procedería que el OSIPTEL emita un mandato de interconexión.

3.2. De la emisión de un Mandato de Interconexión y las partes del procedimiento administrativo.

TELEANDINA sostiene que el Mandato no toma en cuenta que el cargo de terminación en la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES, fue pactado por dos Contratos de Interconexión, por el Mandato Nº 001-2000-GG/OSIPTEL, y tampoco que ha sido objeto de un acuerdo convenido entre TELEFÓNICA y TELEANDINA por Contrato de Transacción, que ha sido objeto de decisión judicial firme que ordena su aplicación, determinación que es garantizada en la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta empresa señala que el Mandato no contiene fundamentos legales que sustenten dejar sin efecto la decisión judicial que ordena la aplicación del cargo de terminación de acuerdo a la Cláusula Tercera del Contrato de Transacción pactado entre TELEFÓNICA y TELEANDINA. Señala que corresponde verificar cuáles son las condiciones legales y vías procedimentales que permitirían modificar el cargo pactado entre las partes, y los órganos de administración de justicia que le correspondería determinarlo, las cuales no están consideradas en el Mandato; por lo que consideran que al carecer del debido proceso, así como de motivaciones suficientes, se encuentra incurso en causal de nulidad.

TELEANDINA señala acerca de la solicitud de TELEFÓNICA MÓVILES de modificar el cargo de terminación pactado entre TELEANDINA con TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MÓVILES⁵, que el OSIPTEL considera que sólo resulta oponible a TELEFÓNICA MÓVILES y TELEANDINA, pero que no indica el dispositivo legal que ampare tal

⁵TELEANDINA, señala que al momento del Mandato Nº 001-2000-GG/OSIPTEL, TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MÓVILES eran una misma persona jurídica, y que mantenían el mismo común interés que hasta la fecha mantienen.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 9 de 24

determinación, considerando que contiene un error jurídico, pues no se ha considerado el Contrato de Transacción entre TELEFÓNICA y TELEANDINA.

Esta empresa considera que TELEFÓNICA es quien se encuentra obligada frente a TELEANDINA a cumplir la concesión recíproca de aplicar el cargo de terminación en la red del servicio móvil establecido en el Mandato Nº 001-2000-GG/OSIPTEL, como lo ordena la sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada; razón por lo que considera erróneo lo declarado por el OSIPTEL en el Informe Nº 295-GPRC/2012.

Por su parte, TELEFÓNICA MÓVILES señala que los acuerdos de interconexión pactados entre las empresas operadoras deben constar por escrito, estar en armonía con los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso y sujetarse a lo establecido por la Ley, al Reglamento, los reglamentos especiales, los planes técnicos contenidos en el Plan Nacional de Telecomunicaciones, así como a las disposiciones que dicte el OSIPTEL.

En ese sentido, indica que no resulta válido que TELEANDINA pretenda señalar que a una relación de interconexión que es regulada por el OSIPTEL se sobreponen los acuerdos civiles pactados entre dos empresas. Además, manifiesta que el Contrato de Transacción fue suscrito únicamente por TELEFÓNICA y TELEANDINA, por lo que no resulta oponible a TELEFÓNICA MÓVILES.

Sostiene que las condiciones dispuestas en el Contrato de Transacción no enervan a TELEFÓNICA MÓVILES de su derecho a solicitar la modificación de dichos cargos, los cuales se deben sujetar a lo establecido en las normas vigentes. Además, que dicho Contrato de Transacción para ser válido y ejecutable previamente debe ser aprobado por el OSIPTEL, de lo contrario no puede ser aplicable a la relación de interconexión establecida en el Mandato.

Al respecto, TELEANDINA en sus alegatos adicionales refiere que TELEFÓNICA MÓVILES incorrectamente declara que en el Perú se ha asumido en materia de interconexión la negociación supervisada, tergiversando la acción del OSIPTEL, en particular el ordenado por el Principio de Subsidiariedad.

Esta empresa señala que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase y que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley, siendo esto el verdadero marco jurídico institucional de la negociación en materia de Interconexión, y no el que TELEFÓNICA MÓVILES declara.

Sostiene que el pedido de TELEFÓNICA MÓVILES al OSIPTEL que se aplique un cargo tope en reemplazo del cargo libremente pactado entre las partes, ha sido formulado contraviniendo la Constitución y sin ningún sustento válido que lo justifique, sin exponer ningún motivo válido que permita modificar lo determinado por el Poder Judicial, resultando inconsistente con el interés público y social de la Interconexión.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 10 de 24

Finaliza señalando que no es posible modificar el cargo de terminación en la red del servicio móvil sin que se afecten las concesiones recíprocas pactadas. Por lo tanto, son las partes contratantes a quienes corresponde tomar los acuerdos que sean necesarios, en caso de proponerse una modificación de las condiciones económicas acordadas en la Transacción. Por ello, no es el interés o pretensión económica de TELEFÓNICA MÓVILES de modificar el cargo de terminación en la red del servicio móvil, -al que se encuentra obligada a cumplir TELEFÓNICA-, fundamento suficiente para proceder a modificar lo pactado, por cuanto la obligación jurídicamente subsistirá mientras las partes contratantes no adopten la forma necesaria para amparar el fin perseguido o sustituir el acuerdo por otro legalmente válido que permita alcanzar el mismo objetivo; materia que en todo caso es de competencia exclusiva de una autoridad judicial y en la vía de ejecución; máxime por tratarse de un caso resuelto con sentencia firme.

Análisis de las consideraciones expuestas sobre la emisión del Mandato de Interconexión y las partes del procedimiento

De acuerdo al marco normativo vigente, bajo un enfoque de negociación supervisada, las condiciones en las cuales los operadores se interconectan pueden ser adoptadas libremente y de común acuerdo, siempre que se respete el marco normativo vigente, en especial los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia que rigen la interconexión.

Para tal efecto, el regulador tiene entre sus funciones la revisión de los contratos de interconexión, los mismos que sólo entrarán en vigencia en tanto sean aprobados administrativamente. Aun cuando se privilegia que los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones establezcan la interconexión en virtud de acuerdos libremente pactados, en ausencia de ellos, cualquiera de las partes puede recurrir al regulador para que éste, a través de un mandato, defina las condiciones en las cuales se interconectarán estos operadores.

En ese sentido, el Mandato de Interconexión tiene como objetivo establecer las condiciones para: (i) el cargo de interconexión aplicable a la terminación de las llamadas transportadas por la red del servicio portador de larga distancia de TELEANDINA con destino a la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES; y, (ii) el procedimiento de liquidación, facturación y pago aplicable a la relación de interconexión que mantiene TELEANDINA y TELEFÓNICA MÓVILES.

Por otro lado, sobre lo afirmado por TELEANDINA, respecto que TELEFÓNICA es quien se encuentra obligada frente a TELEANDINA a dar cumplimiento de aplicar el cargo de terminación en la red del servicio móvil, conforme el Mandato Nº 001-2000-GG/OSIPTEL, corresponde que este organismo ratifique que el Mandato de Interconexión sólo resulta oponible a las partes involucradas en el procedimiento de emisión de mandato de interconexión. No resulta jurídicamente posible que el mandato de interconexión incluya como parte de este procedimiento a TELEFÓNICA, siendo TELEFÓNICA MÓVILES la que ha solicitado la modificación de las condiciones económicas, advirtiéndose de la documentación remitida que no ha sido parte de los procesos judiciales antes mencionados.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 11 de 24

Lo señalado en el párrafo precedente tiene una clara justificación si se atiende a que en la negociación de la interconexión y en el presente procedimiento de emisión de mandato de interconexión, no se ha incluido a TELEFÓNICA, en la medida que se considera que sus derechos –debido a que se sujetan a la relación de interconexión existente y que no es modificada por el presente mandato de interconexión– no serán afectados. En efecto, el presente mandato de interconexión establece las condiciones económicas para la terminación de llamadas en la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES, por lo que esta empresa es la única legitimada respecto de los intereses derivados de la prestación de este servicio a TELEANDINA. Asimismo, este mandato de interconexión no emite pronunciamiento alguno respecto de algún interés de TELEFÓNICA, la cual, se rige por el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL para efectos de la provisión del transporte conmutado local para terminar en la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES.

Asimismo, debe precisarse que el presente Mandato de Interconexión se emite en estricta correspondencia con el ordenamiento jurídico, y no se encuentra dirigido a favorecer a ninguna de las partes involucradas, no afectándose de forma alguna la Ley ni se configura un incumplimiento de mandato judicial, tal como manifiesta TELEANDINA.

Es importante reiterar que TELEFÓNICA no es titular de una red de servicios móviles que es incorporada en el Mandato de Interconexión y sólo se está regulando la relación entre TELEFÓNICA MÓVILES y TELEANDINA.

De la misma manera, debe ratificarse que el Mandato de Interconexión recurrido modifica el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL, lo cual es absolutamente posible en el régimen de interconexión, especialmente, en la medida que las partes no lograron ponerse de acuerdo en los períodos de negociación de la interconexión.

3.3. De la modificación de las condiciones económicas establecidas en el Mandato de Interconexión y los pronunciamientos judiciales.

Sobre este particular, TELEANDINA señala que las concesiones recíprocas del Contrato de Transacción, son de naturaleza económica; y por la naturaleza jurídica de la Transacción esta es indivisible. En ese sentido, señala que debido a que la modificación dispuesta por el Mandato afecta las concesiones recíprocas de la Transacción, también afecta la integridad económica del convenio, lo que afecta tanto a TELEFÓNICA como a TELEANDINA.

Manifiesta que no se ha realizado el necesario análisis de la decisión tomada y el efecto que ésta tendría en contra del operador entrante y el público consumidor, en especial, el negativo efecto que esta medida tendría sobre las condiciones contractuales pactadas

Por otro lado, esta empresa señala que la contravención a lo ordenado por el Poder Judicial se consuma con el pedido de TELEFÓNICA MÓVILES de aplicar el cargo tope establecido, disposición regulatoria que no elimina el derecho de tomar acuerdo de mejores cargos por acuerdo de partes, siempre que no excedan el cargo tope o máximo

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 12 de 24

que el Regulador establece; derecho que se encuentra establecido en el Artículo 67º de la Ley General de Telecomunicaciones.

Esta empresa sostiene que se podría aplicar un mejor cargo basado en costos más un porcentaje de utilidad razonable, como lo ordena la Ley de Telecomunicaciones. Para ello, sería necesario que se determine el costo real de terminación y el cargo sea propuesto a las partes por el OSIPTEL.

Asimismo, TELEANDINA sostiene que el Informe Nº 295-GPRC/2012, hace una interpretación errónea de la Resolución Nº 07⁽⁶⁾ expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente Nº 1894-2003, con Expediente de Casación Nº 988-2004, concluyendo que: (i) reconoce que las condiciones económicas pueden ser modificadas, (ii) que el OSIPTEL puede modificarlas en caso que las partes no se pongan de acuerdo; y, (iii) que la modificación de las condiciones económicas se justifican cuando los términos del esquema de liquidación afecta al mercado de las telecomunicaciones. Al respecto, señala que en el presente caso no se encuentra como punto controvertido ninguno de los tres extremos supuestos indicados en el Informe, debido a que el proceso judicial versa sobre la obligación de aplicar el cargo establecido por Mandato Nº 001-2000-GG/OSIPTEL, conforme a lo pactado en la Transacción.

De igual manera, discrepan con lo afirmado en el Mandato, y ratifica que transgrede los artículos 62º y 139.2º de la Constitución Política, el Principio de Subsidiariedad, el Principio de las Decisiones Funcionales, y, el Principio de Promoción de Competencia. Sobre este particular, señala además que a TELEANDINA le preocupa que el OSIPTEL haya asumido de oficio la defensa del pedido de modificación de TELEFÓNICA MÓVILES, incorporando motivaciones relacionadas a los ingresos económicos de TELEFÓNICA MÓVILES y al especulativo impacto en el mercado de la posible competencia de TELEANDINA; lo que perjudica a TELEANDINA y al público consumidor.

De otro lado, TELEFÓNICA MÓVILES sostiene que la Corte Superior se opuso a la contradicción de TELEFÓNICA, porque cualquier modificación debía contar con la aprobación del OSIPTEL. Lo referido se pone de manifiesto en la Resolución Nº 07, la cual señala que el OSIPTEL tiene la facultad de modificar las condiciones económicas del Mandato Nº 001-2000-GG/OSIPTEL. Concluye, que en base a la potestad del

⁶ “SÉTIMO: Que, por último, en el mandato de interconexión referente a los aspectos técnicos y económicos, en el punto h se señala que “(...). Por tanto, debe quedar claro que la adopción de este esquema se realiza, debido únicamente a que favorece la competencia en el sector, mas no a que se traten efectivamente de los costos de terminación de la red móvil. En ese sentido la entidad reguladora mantiene la potestad de variar la forma de determinación y el monto de los cargos de terminación en la red móvil, basándose en costos; lo cual lleva a colegir que el acuerdo adoptado por las partes era excepcional y que era aprobado por favorecer la competencia, y en otros casos podía variar de criterio el ente regulador; dicha precisión se efectúa a efectos de que no lo vincule (obligue) a mantener dicho criterio en otros mandatos de interconexión a dictarse. También debe señalarse que si OSIPTEL, dentro de su marco normativo, al ser el Organismo Público Especializado, considera que mantener vigente el mandato de interconexión, en los términos celebrados afecta el mercado de telecomunicaciones, puede solicitar a las partes que lo modifiquen, y de no ponerse de acuerdo de ser el caso, imponerles nuevas condiciones; por ello, consideramos que TELEFÓNICA no puede modificar unilateralmente los términos de un mandato de interconexión, como pretende, hasta que se ponga de acuerdo con su contraparte (con aprobación de OSIPTEL) o hasta que modifique los términos de dicho mandato de interconexión (...).”

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 13 de 24

OSIPTEL de variar la forma de determinación y el monto de los cargos de terminación en la red del servicio móvil, es que TELEFÓNICA MÓVILES solicitó la emisión de Mandato de Interconexión.

En sus alegatos adicionales, TELEANDINA señala que TELEFÓNICA MÓVILES cita parcialmente el considerando de la sentencia emitida por la Segunda Sala de la Corte Superior. Sostiene que la propuesta de modificación del cargo pactado no se basa en costos, ni el cargo establecido en el Mandato ha afectado el mercado de las telecomunicaciones, ni el OSIPTEL ha solicitado a las partes (TELEFÓNICA y TELEANDINA) la modificación del cargo pactado; por lo que no se cumplen los presupuestos de los considerandos del pronunciamiento judicial.

Sostiene que cuando TELEFÓNICA interpuso recurso de casación la Corte Suprema señaló que el pronunciamiento judicial no afecta las facultades del OSIPTEL, como también reafirma la garantía constitucional de libertad de contratar establecido por el Artículo 62º de la Constitución.

TELEANDINA sostiene que es clara la pretensión de TELEFÓNICA MÓVILES de impedir la posibilidad de aplicar el mejor cargo pactado, que permite competir a TELEANDINA como operador concesionario del servicio de telefonía de larga distancia, que no tiene el privilegio de la ventaja de ser concesionario de los servicios fijo y móvil, como lo es TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MÓVILES, lo que les ha facilitado la discriminación económica vía precios del operador fijo que no es concesionario del servicio móvil, impidiendo el desarrollo de sus redes de telefonía fija local y de larga distancia, hecho que vulnera las disposiciones de los Lineamientos de la Apertura del Mercado y de la Ley de Telecomunicaciones que promueven el establecimiento de cargos de terminación en base a costos y propician la competencia.

Esta empresa señala que la posición de TELEFÓNICA MÓVILES es la que ha propiciado el abundante tráfico gris de llamadas generadas en servidores GSM (Gateways con miles de SIMs) para la prestación paralela de servicio de llamadas fijo-móvil, simulando llamadas móvil-móvil, lo que comprende una forma de contrabando y competencia desleal en contra del operador del servicio de telefonía fija local y de larga distancia; motivo por el que mal puede TELEFÓNICA MÓVILES invocar la vulneración de los principios de no discriminación y neutralidad consagrados en la Ley de Telecomunicaciones, cuando es su actuación la que vulnera el derecho a la aplicación del cargo pactado y a poder competir; lo que trata de impedir.

TELEANDINA señala que no existe una sola norma que ordene imponer el cargo máximo o tope cuando un operador entrante tiene alguna ventaja competitiva, sostiene que el hecho de haber convenido por contrato un cargo favorable, que permite competir, no constituye una ventaja "artificial", es una ventaja real que se contrapesa con un conjunto de compromisos y concesiones recíprocas que son indivisibles conforme lo establece el artículo 1308º del Código Civil.

Análisis de la modificación de las condiciones económicas establecidas en el Mandato de Interconexión y los pronunciamientos judiciales.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 14 de 24

Corresponde reafirmar que la decisión de reconocer el esquema de repartición de ingresos estuvo motivada en favorecer la competencia y que los cargos estén orientados efectivamente a costos, ante la inexistencia al momento de resolver dicho procedimiento de emisión de mandato de interconexión de un cargo tope. El mismo Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL, reconoce que ante la ausencia de un cargo tope por terminación de llamadas en la red de TELEFÓNICA MÓVILES, en un anterior procedimiento -el Mandato de Interconexión N° 002-99-GG/OSIPTEL⁽⁷⁾-, el OSIPTEL determinó el mismo mediante un procedimiento de imputación de cargos.

En ese sentido, en el literal h) de la sección Aspectos Técnicos y Económicos del Numeral IV) del Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL se señaló que *“(...) a pesar de que los cargos de interconexión derivados con este esquema resulten menores a los previamente determinados, y por tanto más cercanos a costos, no han sido justificados sobre esta base sino que se basan en un esquema de repartición de ingresos”*, de tal manera que se deja constancia que si bien el esquema pactado de repartición era más cercano a costos al momento que se resolvió dicho expediente en el año 2000, no estaba basado en costos el valor que le correspondía recibir a TELEFÓNICA MÓVILES como operador de la red del servicio móvil.

Lo antes señalado permite afirmar que el *esquema de repartición de ingresos* no es un sistema que se sustente en los costos de prestar una facilidad esencial como la terminación de llamadas en la red del servicio móvil. Es por tal motivo que el mismo mandato de interconexión en la citada sección señala *“(...) Por lo tanto, debe quedar claro que la adopción de este esquema se realiza debido únicamente a que favorece la competencia en el sector, más no a que se traten efectivamente de los costos de terminación en la red móvil”*.

Ante dicha circunstancia en la que el OSIPTEL estaba fijando en el mandato de interconexión que el operador del servicio móvil recibiría como valor por la terminación de llamadas en la red de su servicio que no estaba asociado a los costos que efectivamente le corresponden, se dejó claramente establecido que el OSIPTEL mantiene la potestad de variar la forma de determinación y el monto de los cargos por terminación de llamadas en la red del servicio móvil basándose en costos. En efecto, se establece textualmente lo siguiente:

“(...) En ese sentido, la autoridad reguladora mantiene la potestad de variar la forma de determinación y el monto de los cargos por terminación en la red móvil, basándose en costos.”

Esta potestad se encuentra plenamente justificada en la medida que de lo expuesto en el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL las condiciones establecidas tenían carácter excepcional, y no resulta adecuado para el mercado mantener valores que no se encuentren basados en costos.

En ese sentido, TELEFÓNICA MÓVILES se encuentra legitimada para solicitar la modificación de los términos del mandato de interconexión, en lo relativo al valor que le

⁷ Mandato de Interconexión N° 002-99-GG/OSIPTEL entre Nortek Communications S.A.C., TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MÓVILES.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 15 de 24

corresponde recibir por la terminación de llamadas en su red, si es que el valor establecido en su relación de interconexión no cubre los costos para prestar este servicio. No resulta razonable exigir a una empresa operadora que mantenga de forma indefinida en el tiempo una condición económica si es que la misma no cubre sus costos, y en ese sentido, lo hace de conocimiento de la otra parte y del regulador.

TELEANDINA manifiesta que es improcedente la modificación de las condiciones económicas para el cargo de interconexión por la terminación de llamadas de la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES, ya que ha sido revisado con sentencia judicial firme, en el proceso seguido contra TELEFÓNICA.

Debe indicarse sobre este particular que el pronunciamiento de emisión de Mandato de Interconexión, se circunscribe a determinar si es posible la modificación del valor a que tiene derecho recibir TELEFÓNICA MÓVILES por el servicio de terminación de llamadas en su red del servicio móvil. Como se ha señalado, TELEFÓNICA MÓVILES es la que ha solicitado la modificación de esta condición económica, advirtiéndose de la documentación remitida que no ha sido parte de los procesos judiciales antes mencionados.

Ahora bien, respecto de lo señalado por TELEANDINA, acerca que la Resolución Nº 07 de fecha 08 de diciembre de 2003 expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente Nº 1894-2003 no contendría las controversias que plantea el Informe Nº 295-GPRC/2012, este organismo se reafirma en la posición respecto que las condiciones económicas puede ser modificadas. En efecto, el considerando sétimo de esta sentencia señala lo siguiente:

“SÉTIMO: Que, por último, en el mandato de interconexión referente a los aspectos técnicos y económicos, en el punto h se señala que “(...). Por tanto, debe quedar claro que la adopción de este esquema se realiza, debido únicamente a que favorece la competencia en el sector, más no a que se traten efectivamente de los costos de terminación de la red móvil. En ese sentido la entidad reguladora mantiene la potestad de variar la forma de determinación y el monto de los cargos de terminación en la red móvil, basándose en costos; lo cual lleva a colegir que el acuerdo adoptado por las partes era excepcional y que era aprobado por favorecer la competencia, y en otros casos podía variar de criterio el ente regulador; dicha precisión se efectúa a efectos de que no lo vincule (obligue) a mantener dicho criterio en otros mandatos de interconexión a dictarse. También debe señalarse que si OSIPTEL, dentro de su marco normativo, al ser el Organismo Público Especializado, considera que mantener vigente el mandato de interconexión, en los términos celebrados afecta el mercado de telecomunicaciones, puede solicitar a las partes que lo modifiquen, y de no ponerse de acuerdo de ser el caso, imponerles nuevas condiciones; por ello, consideramos que TELEFÓNICA no puede modificar unilateralmente los términos de un mandato de interconexión, como pretende, hasta que se ponga de acuerdo con su contraparte (con aprobación de OSIPTEL) o hasta que modifique los términos de dicho mandato de interconexión (...).”

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 16 de 24

TELEANDINA sostiene que la propuesta de modificación del cargo pactado no se basa en costos, ni el cargo establecido en el Mandato ha afectado el mercado de las telecomunicaciones, ni el OSIPTEL ha solicitado a las partes (TELEFÓNICA y TELEANDINA) la modificación del cargo pactado; por lo que no se cumplen los presupuestos de los considerandos del pronunciamiento judicial. Contrariamente a lo señalado por TELEANDINA, el OSIPTEL puede modificar las condiciones económicas en caso las partes no se pongan de acuerdo, siendo el mandato de interconexión la vía que tiene este organismo para hacerlo. Esta sentencia reconoce además que la modificación de las condiciones económicas encuentra una razonable justificación cuando los términos del esquema de liquidación afecta el mercado de telecomunicaciones.

Precisamente, la misma existencia de un sistema de liquidación que no se ha basado en costos y por el cual una de las partes determina el precio que sirve de referencia para el valor del insumo (la terminación de llamada en la red móvil) de la otra, constituye a la fecha una afectación al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones; siendo ello causal suficiente para modificar dicha condición. Debe indicarse además que el cargo de terminación de llamadas vigente se encuentra fundamentado en un estudio de costos y bajo este sistema se rigen los pagos que realizan las empresas del servicio portador de larga distancia a las empresas de los servicios públicos móviles.

Es importante señalar que el presente pronunciamiento ha seguido la vía regular que consiste en una intervención regulatoria subsidiaria, ante la falta de acuerdo entre las partes, y bajo esta línea debe entenderse lo señalado por la Resolución N° 07 de fecha 08 de diciembre de 2003. En efecto, el regulador intervendrá ante requerimiento de una o ambas partes.

Debe reiterarse que el OSIPTEL considera que se presenta una clara afectación al mercado de telecomunicaciones cuando se obliga a una empresa operadora a mantener una condición económica establecida por el regulador –como la establecida en el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL- que no está basada en costos y que, en consecuencia, pudiera no cubrir los costos de la prestación de un servicio del operador; así como cuando la condición económica no resulta razonable en cuanto a su forma o mecanismo de determinación, dejando plena discrecionalidad a una de las partes el monto a que tendría derecho recibir la otra.

De otro lado, el presente Mandato de Interconexión está modificando otro acto administrativo del OSIPTEL que es el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL, el cual es el que contiene las disposiciones sobre el esquema de repartición de ingresos. Para efectos de la relación de interconexión se reconocen aquellos contratos de interconexión debidamente aprobados por el OSIPTEL y aquellos mandatos de interconexión expedidos por el OSIPTEL.

Un aspecto importante a considerar es que en su oportunidad el Mandato de interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL fue expedido por la Gerencia General del OSIPTEL, debiendo resaltarse que este Mandato de Interconexión es expedido por la instancia máxima del OSIPTEL que es el Consejo Directivo, el cual válidamente lo puede modificar.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 17 de 24

A lo largo de sus argumentos expuestos, TELEANDINA sostiene que discrepa cuando el Mandato afirma que no afecta los principios de la actuación del OSIPTEL y el marco legal.

Siendo consistentes con lo expuesto en el Mandato de Interconexión, debe considerarse que este organismo ha emitido un pronunciamiento conforme a derecho. Sobre el particular, se reitera que no se afecta a la Constitución Política, en sus artículos 62° y 139.2⁽⁸⁾. El régimen de interconexión en el país se encuentra regulado de manera que las relaciones de interconexión pueden ser modificadas por acuerdo entre las partes o por decisión de la autoridad, siempre actuando en este último caso de forma subsidiaria. De otro lado, el mandato de interconexión se emitió dentro del marco de potestades reconocidas expresamente en la Resolución Nº 07 de fecha 08 de diciembre de 2003 expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente Nº 1894-2003, que permite la modificación del Mandato de Interconexión Nº 001-2000-GG/OSIPTEL.

De igual manera, no se afecta el Principio de Subsidiariedad⁽⁹⁾. El mandato de interconexión se emitió tomando en consideración que las partes no han llegado a un acuerdo luego de concluido el período de negociación entre las empresas. Tratándose de relaciones de interconexión debe considerarse que toda modificación a la misma tiene que ser aprobada por el OSIPTEL, siempre que previamente se haya iniciado un período de negociación. Debe indicarse que esta intervención es reconocida expresamente por la antes citada Resolución Nº 07 de fecha 08 de diciembre de 2003 expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El mandato de interconexión no afecta el Principio de Análisis de las Decisiones Funcionales del OSIPTEL⁽¹⁰⁾. Conforme se desarrolla en el mandato de interconexión, se considera un conjunto de aspectos relativos a la regulación del cargo por terminación de llamadas en la red del servicio móvil, la competencia y el adecuado funcionamiento de los mercados. De la misma manera, no se afecta el Principio de Promoción de la

⁸ "Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno."

⁹ El artículo 11° del Reglamento General del OSIPTEL establece:

"Artículo 11.- Principio de Subsidiariedad

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. En caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada."

¹⁰ El artículo 13° del Reglamento General del OSIPTEL señala lo siguiente:

"Artículo 13.- Principio de Análisis de Decisiones Funcionales

El análisis de las decisiones funcionales del OSIPTEL tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de fijación de tarifas, calidad, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios. En tal sentido, deberá evaluarse el impacto que cada uno de estos aspectos tiene en las demás materias involucradas."

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 18 de 24

Competencia⁽¹¹⁾. La actuación del OSIPTEL en el mandato de interconexión busca que se desarrolle una adecuada competencia en el mercado de los servicios portadores de larga distancia que terminan en las redes de los servicios móviles y que no se presenten situaciones que otorguen ventajas inadecuadas a un portador de larga distancia afectando a otro operador del servicio final (prestación de un servicio que no cubre los costos, tal como se desarrolla en el mandato).

Con claridad se aprecia que no se incurre en ninguna de las causales de nulidad del acto administrativo previstas en el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444⁽¹²⁾.

Finalmente, TELEANDINA señala que no existe una sola norma que ordene imponer el cargo máximo o tope cuando un operador entrante tiene alguna ventaja competitiva. Al respecto, OSIPTEL reitera su posición de estricta sujeción a la Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL, en tanto establece los procedimientos que rigen su actuación, para la fijación y revisión de cargos de interconexión, como para la emisión de mandatos de interconexión⁽¹³⁾. La Sexta Disposición Complementaria de esta resolución⁽¹⁴⁾ dispone que en los mandatos de interconexión, el OSIPTEL debe establecer el valor del cargo de interconexión tope que se encuentre vigente en cada caso. En ese sentido, en la medida que existen cargos de interconexión tope fijados por el OSIPTEL, no se puede reconocer en el Mandato de Interconexión un esquema de liquidación basado en la distribución de ingresos.

3.4. Del régimen de las llamadas de larga distancia internacional terminadas en la red del servicio móvil establecido en el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL.

Sobre el servicio de larga distancia internacional, TELEANDINA sostiene que ratifican todo lo expuesto en su Escrito N° 02 de fecha 15 de junio de 2012, que contienen los comentarios la Proyecto de Mandato de Interconexión, aprobado mediante Resolución N° 056-2012-CD/OSIPTEL.

¹¹ El artículo 8° del Reglamento General del OSIPTEL señala lo siguiente:

“Artículo 8.- Principio de Promoción de la Competencia

La actuación del OSIPTEL se orientará a promover las inversiones que contribuyan a aumentar la cobertura y calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones, orientando sus acciones a promover la libre y leal competencia, en el ámbito de sus funciones.”

¹² *“Artículo 10.- Causales de nulidad*

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

(...).”

¹³ Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL

“Artículo Primero.- Establecer el “Procedimiento para la Fijación o Revisión de Cargos de Interconexión Tope”, el cual forma parte de la presente resolución y consta de 2 Capítulos, 11 artículos y 6 Disposiciones Complementarias.”

¹⁴ Disposición Complementaria:

“Sexta.- El presente procedimiento no se aplica al establecimiento de cargos interconexión en los Mandatos de Interconexión que OSIPTEL emita. Los cargos interconexión que OSIPTEL establezca en dichos Mandatos, serán iguales al valor correspondiente cargo de interconexión tope que se encuentre vigente en cada caso.”

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 19 de 24

TELEANDINA señala que el Mandato no expone una razón por la cual en los casi 20 años de supervisión no se cuenta con información pública de la estructura de costos desagregados que permita adoptar cargos basadas en costos reales, como lo requiere el artículo 9º del Decreto Supremo N° 003-2007-MTC.

Considera que TELEANDINA no es responsable de la falta de información de costos de TELEFÓNICA MÓVILES, condición que permitiría determinar el nivel de cargo con margen de utilidad razonable, propuesta desde la apertura del mercado de las telecomunicaciones.

Esta empresa manifiesta que los contratos suscritos entre TELEFÓNICA y TELEANDINA y la postergación de su cumplimiento ha impedido la prestación del servicio fijo-móvil, mientras ha mantenido su infraestructura de interconexión suspendida, lo que ha generado pérdidas. Esta situación ha sido resuelta a favor de TELEANDINA por el Poder Judicial, quien ha ordenado tanto la aplicación del cargo contratado como la reposición del servicio de larga distancia.

Considera que TELEANDINA ha encontrado dificultades de fuerza mayor para la ejecución de lo ordenado judicialmente, entre las cuales se encuentra la negativa de verificar la infraestructura de interconexión. Estos hechos que ha postergado la ejecución de las decisiones judiciales y han producido pérdidas, daños y perjuicios a TELEANDINA, pueden ser mitigados en la medida que TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MÓVILES cumplan lo ordenado por el Poder Judicial del Perú.

Es en el escenario descrito que el pedido de TELEFÓNICA MÓVILES, de modificar el cargo de terminación móvil contratado basado en la alegada necesidad de modificar el Proyecto Técnico de Interconexión, no resulta coherente con el supuesto de afectarse el mercado internacional y poner en riesgo la predictibilidad de los ingresos de TELEFÓNICA MÓVILES, que el OSIPTEL de oficio defiende. Indica, que basta dimensionar la capacidad instalada de TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MÓVILES, así como la de su red internacional de mercadeo, comparada con los 48 E1s de TELEANDINA, para tener una referencia del verdadero riesgo, la que no corresponde al producto de la competencia.

TELEANDINA manifiesta que la Resolución de Consejo Directivo N° 093-2010-CD/OSIPTEL establece que el cargo de interconexión tope en la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES es de US\$ 0.0322; cargo que por definición es superior al costo más la utilidad razonable. En ese orden de cargo referencial, en concordancia con los criterios de evolución de cargos y las estimaciones formuladas por el OSIPTEL en el Informe N° 295-GPRC/2012, el potencial supuesto déficit que se podría generar por la competencia de TELEANDINA en el mercado internacional se podría producir cuando TELEFÓNICA perciba ingresos por el cargo de terminación en la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES sensiblemente menores que el monto de US \$ 0.0322 por minuto tasado al segundo; monto que constituye un factor de auto regulación del nivel de precio en el mercado y de la posibilidad que TELEFÓNICA MÓVILES pueda sustentar una modificación del cargo fundamentado en la imposibilidad de cubrir sus costos; motivo por el que es improcedente reemplazar el cargo contratado por el cargo tope indicado en la Resolución N° 140-2010-CD/OSIPTEL.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 20 de 24

En consecuencia, refiere que es evidente que TELEFÓNICA MÓVILES no tiene riesgo ni perjuicio alguno, por lo contrario, es TELEANDINA quien enfrenta las pérdidas, daños y perjuicios por el incumplimiento de lo contratado y ordenado por el Poder Judicial.

En sus alegatos adicionales, TELEANDINA agrega que TELEFÓNICA MÓVILES no puede afirmar que los servicios de larga distancia Internacional de TELEANDINA a ser terminados en la red del servicio móvil serían prestados *"a costa de los ingresos de TELEFÓNICA MÓVILES"*, pues son los clientes del mercado internacional, principalmente los peruanos que residen en el exterior del país y los extranjeros que tiene interés de establecer relaciones comerciales con el Perú, quienes pagarán por el servicio que les preste TELEANDINA y es TELEANDINA quien deberá pagar a TELEFÓNICA MÓVILES el cargo de terminación en su red. Por lo que no corresponde que los considere como ingresos de TELEFÓNICA MÓVILES.

Sobre este punto, la competencia en el servicio de larga distancia internacional tiene un efecto directo sobre el intercambio económico con nuestro país, favoreciendo las remesas del exterior, el comercio, la industria y el turismo en el territorio nacional, lo que beneficia al Perú y a los peruanos; efecto que TELEFÓNICA MÓVILES pretende impedir bajo el argumento que la competencia en el mercado internacional es a costa de los ingresos de TELEFÓNICA MÓVILES.

Esta empresa señala que TELEFÓNICA MÓVILES y TELEFÓNICA, son los que en realidad vulneran el principio de no discriminación y neutralidad, pues se han negado a prestar el servicio de terminación en la red del servicio móvil a TELEANDINA por más de 10 años consecutivos. Además, refiere el hecho que ambos operadores mantienen posición dominante en el mercado, por lo que están obligados a no utilizar tal condición para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia tales como limitar el acceso a la interconexión. Es de dominio público que TELEFÓNICA ofrece servicios operados por ambos en condiciones de ventaja frente a cualquier otro operador.

Análisis del régimen de las llamadas de larga distancia internacional terminadas en la red del servicio móvil establecido en el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL.

El OSIPTEL reitera lo expuesto en el Mandato de Interconexión en lo relacionado a que el desarrollo que en los últimos años han experimentado las herramientas de dimensionamiento, modelación y costeo de redes, ha permitido que se pueda establecer cargos por terminación de llamadas en las redes de los servicios móviles cada vez más precisos, garantizando (i) la recuperación de los costos económicos del operador del servicio móvil y (ii) el acceso del operador solicitante a la infraestructura del operador del servicio móvil.

En ese sentido, se debe señalar lo siguiente:

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 21 de 24

- (i) La evolución en el costeo de redes, y por lo tanto en el establecimiento de cargos de interconexión, ha derivado en que la tendencia mundial pondere más el uso de modelos de costos como herramientas destinadas a calcular de forma más precisa dichos cargos, dejando de lado, sólo para casos excepcionales, aquellas herramientas que se valen de factores externos al operador para el cálculo de sus cargos de interconexión.
- (ii) Las mejores prácticas regulatorias a nivel mundial consideran a la modelación de costos como una herramienta de cálculo para la estimación más precisa de los cargos de interconexión, enfocándose ahora al desarrollo de modelos de costos cada vez más avanzados sobre la base de cálculos matemáticos más complejos y con la ayuda de herramientas informáticas (software) más precisas. Un ejemplo de este desarrollo en el Perú, se ha dado en el uso actual de modelos de costos integrales que consideran a las redes de telecomunicaciones como plataformas multiservicios en vez del uso de modelos de redes aislados para cada servicio.
- (iii) Esta evolución a nivel del costeo de redes se ha traducido en una evolución normativa, que pondera menos los mecanismos indirectos e imperfectos para el cálculo de cargos de interconexión. En efecto, en el numeral 46 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones en el Perú, aprobados mediante Decreto Supremo Nº 020-98-MTC, se dispuso lo siguiente:

“46. Para establecer los cargos por defecto, y en su caso, de acuerdo a la ley, establecer mandatos o resolver una controversia, se aplicará el Reglamento de Interconexión, para lo cual se obtendrá la información sobre la base de:

- a. La información de costos, proporcionados por las empresas.*
- b. En tanto y en la medida que no sea posible lo primero, para el establecimiento de los cargos, se utilizarán mecanismos de comparación internacional, tomando en cuenta las mejores prácticas de la región, adaptada a la realidad de Perú.*
- c. Como complemento podrá considerarse también la simulación de una empresa eficiente, que recoja los parámetros de la realidad peruana.”*

Dicho numeral 46 fue derogado por el numeral 1. del Artículo 9º del Título I- Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú- incorporado al Decreto Supremo Nº 020-98-MTC mediante Decreto Supremo Nº 003-2007-MTC. En dicho numeral se establece que:

- “1. Para establecer los cargos de interconexión tope o por defecto, y en su caso, de acuerdo a la ley, establecer mandatos o resolver una controversia, se aplicará el Reglamento de Interconexión, para lo cual se obtendrá la información sobre la base de:*
- a. La información de costos y de demanda, con su respectivo sustento, proporcionados por las empresas.*
 - b. En tanto la empresa concesionaria no presente la información de costos establecidos en el literal a), OSIPTEL utilizará de oficio un*

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 22 de 24

modelo de costos de una empresa eficiente, que recoja las características de la demanda y ubicación geográfica reales de la infraestructura a ser costeadada.

Excepcionalmente, y por causa justificada, OSIPTEL podrá establecer cargos utilizando mecanismos de comparación internacional.”

- (iv) Con esta modificación se plasmó a nivel normativo una práctica cada vez mayor a nivel regulatorio, que es la consideración de los costos reales y eficientes de las redes de un operador para determinar sus cargos de interconexión, y no la estimación de los mismos mediante mecanismos indirectos que no se condicen con sus costos y que por lo tanto pueden generar distorsiones en el mercado. El mecanismo de estimación del cargo por terminación de llamadas en la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES que TELEANDINA solicita sea aplicado a su relación de interconexión con dicho operador no es consistente con la práctica regulatoria actual y con la normativa vigente, a la par que no genera predictibilidad sobre la cobertura de los costos de proveer la terminación de llamada en la red del servicio móvil.
- (v) Mantener el esquema de liquidación contenido en el Mandato de Interconexión N° 001-2000-GG/OSIPTEL le genera ventajas a TELEANDINA frente a otros operadores. El mercado internacional es muy competitivo, ya que existen muchos concesionarios del servicio de larga distancia internacional que ofrecen sus servicios de transporte y terminación de tráfico en el Perú. En ese contexto, le genera a TELEANDINA ventajas competitivas que distorsionan el sano desarrollo de dicho mercado, valiéndose de que es ella (TELEANDINA) la que indirectamente le establece el cargo de interconexión a TELEFÓNICA MÓVILES.
- (vi) El mecanismo que TELEANDINA sostiene que debe mantenerse vigente no puede ser aceptado a la fecha en la medida que:
 - No es consistente con las mejores prácticas regulatorias actuales que se basan en el costeo real y eficiente de las redes de los propios operadores y no en factores externos,
 - Es inconsistente con el marco legal vigente; y,
 - Genera distorsiones en el mercado internacional derivadas de las ventajas competitivas artificiales de TELEANDINA basadas en que su posibilidad de establecer el cargo de interconexión que le debe pagar a TELEFÓNICA MÓVILES, pudiendo dicho cargo no cubrir los costos de operación de este operador del servicio móvil.

De otro lado, TELEANDINA señala que la Resolución de Consejo Directivo N° 093-2010-CD/OSIPTEL que establece que el cargo de interconexión tope en la red del servicio móvil de TELEFÓNICA MÓVILES, constituye un factor de auto regulación del nivel de precio en el mercado y la posibilidad que TELEFÓNICA MÓVILES pueda sustentar una modificación del cargo fundamentado en la imposibilidad de cubrir sus costos, es improcedente.

Al respecto, debe señalarse lo siguiente:

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 23 de 24

- (i) TELEANDINA conoce sobre la regulación de los cargos de interconexión y conoce los criterios y metodologías adoptados, conforme a ley, en la regulación del 2005 y en la del 2010, como el costeo de cada una de las redes de servicios móviles con criterios de eficiencia y el *glide path* el cual pondera la eficiencia y la cobertura.
- (ii) Todos los portadores de larga distancia internacional compiten en el mercado internacional para terminar en las redes de servicios móviles de Perú, las llamadas internacionales originadas en los demás países del mundo. Una de dichos portadores es TELEANDINA. Todos estos portadores tienen un insumo en común que es la terminación de llamadas en las distintas redes de servicios móviles que operan en el país, entre las cuales está la de TELEFÓNICA MÓVILES. Cabe señalar que dicho cargo de terminación ha sido sujeto de regulación (es decir, de establecimiento de un cargo tope) sobre la base de costos económicos que incluyen un margen de utilidad razonable, el cual fue establecido en el 2010. Este cargo de terminación en la red del servicio móvil está dado para dichos portadores de larga distancia internacional; es decir, es un costo exógeno que deben asumir.
- (iii) No se puede pretender que TELEANDINA pueda establecer el cargo que pagará a TELEFÓNICA MÓVILES sobre la base del 25% de la tarifa que cobra por su servicio de terminación en Perú, máxime cuando dicho cargo representa un monto importante dentro de la estructura de costos de los citados portadores de larga distancia. En efecto, conforme consta en el mandato de interconexión⁽¹⁵⁾, el cargo por terminación de llamadas en la red del servicio móvil representa el 64% del precio que éstos cobran a los operadores internacionales por terminar las llamadas de larga distancia internacional entrantes en las redes de servicios móviles en Perú.
- (iv) La pretensión de TELEANDINA conllevaría a que ella pueda reducir el costo de sus insumos (de 64% a 25%) y con ello “competir” con los demás operadores de larga distancia internacional, quienes no tienen esa “facilidad”, con el agravante de que el pago al operador del servicio móvil no le retribuya los costos.
- (v) La posición de TELEANDINA tiene como consecuencia que exista una distorsión en los precios de sus servicios los cuales puede bajar con la seguridad de que no tendrá, como sus competidores, la limitante del costo del insumo, ya que para ella, dicho costo bajará automáticamente.
- (vi) Esta facilidad le permite a TELEANDINA poder reducir sus precios artificialmente mucho más que los de la competencia, ya que sus costos “exógenos” también se reducirían lo que deriva en que se: (i) afecte a sus competidores en el mercado de terminación de llamadas de larga distancia internacional entrantes en las redes de servicios móviles en Perú, quienes no podrán replicar sus precios, y (ii) no se retribuya el cargo que corresponda a TELEFÓNICA MÓVILES, el cual puede estar muy por debajo de costos.

Atendiendo a lo antes señalado, se considera que el Mandato de Interconexión impugnado correctamente modifica el esquema de liquidación establecido en el Mandato de Interconexión Nº 001-2000-GG/OSIPTEL, a fin de establecer un cargo por

¹⁵ Información reportada por cuatro portadores de larga distancia internacional que representan en conjunto el 64% del mercado de llamadas de larga distancia internacional entrante.

	DOCUMENTO	Nº 424-GPRC/2012
	INFORME	Página: 24 de 24

terminación de llamada en la red del servicio móvil que cubra al menos los costos de TELEFÓNICA MÓVILES.

En ese sentido, el OSIPTEL mantiene su posición y establece que se debe proceder a sustituir el esquema de liquidación que no está basado en costos, por el sistema de cargos de interconexión, cuya determinación a la fecha se ha realizado en función a los costos eficientes de prestar el servicio de terminación de llamadas en la red del servicio móvil. Para efectos de resolver el presente procedimiento se debe tener en consideración que, de conformidad con la Sexta Disposición Complementaria del Procedimiento para la Fijación o Revisión de Cargos de Interconexión Tope, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL, se deberá aplicar el cargo tope vigente.

Es importante señalar que no resulta jurídicamente posible que el mandato de interconexión establezca de forma particular cargos de interconexión distintos a los que dispone la Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL, en la medida que esta resolución tiene carácter vinculante y otorga predictibilidad a las decisiones del regulador cuando ejerce la función normativa (que incluye la emisión de mandatos de interconexión).

III. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Por los fundamentos antes expuestos, se recomienda que el Consejo Directivo declare infundado el recurso de reconsideración presentado por TELEANDINA el día 24 de julio de 2012, contra el Mandato de Interconexión dictado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 088-2012-CD/OSIPTEL de fecha 27 de junio de 2012.