

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 027-2008-CD/OSIPTEL

Lima, 09 de octubre de 2008.

EXPEDIENTE	:	Nº 00004-2007-CD-GPR/MI
MATERIA	:	Mandato de Interconexión / Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADOS	:	Telefónica Móviles S.A. / América Móvil Perú S.A.C.

VISTOS:

- (i) El escrito de fecha de recepción 14 de mayo de 2008, presentado por Telefónica Móviles S.A. (en adelante, Telefónica Móviles), mediante el cual interpone recurso de reconsideración contra el Mandato de Interconexión con América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil), dictado mediante Resolución Nº 053-2008-PD/OSIPTEL; y,
- (ii) El Informe Nº 505-GPR/2008 de la Gerencia de Políticas Regulatorias, presentado por la Gerencia General, mediante el cual se sustenta el proyecto de resolución para emitir pronunciamiento sobre el recurso al que se refiere el numeral precedente; y con la conformidad de la Gerencia Legal;

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

Mediante Resolución de Gerencia General Nº 007-2001-GG/OSIPTEL emitida el 15 de enero de 2001, se aprobó el Contrato de Interconexión suscrito entre Telefónica Móviles (antes Telefónica Móviles S.A.C.) y América Móvil (antes Tim Perú S.A.C.), que establece la interconexión de la red del servicio de telefonía móvil de Telefónica Móviles con la red del servicio de comunicaciones personales de América Móvil.

Mediante Resolución de Gerencia General Nº 052-2001-GG/OSIPTEL emitida el 27 de abril de 2001, se aprobó el Contrato de Interconexión suscrito entre Telefónica Móviles (antes Bellsouth Perú S.A.) y América Móvil (antes Tim Perú S.A.C.), que establece la interconexión de las redes de los servicios de telefonía fija local, portador de larga distancia nacional e internacional y de telefonía móvil de Telefónica Móviles, con la red del servicio de comunicaciones personales de América Móvil.

Mediante Resolución Nº 053-2008-PD/OSIPTEL emitida el 16 de abril de 2008, se dictó Mandato de Interconexión estableciendo las condiciones aplicables al tráfico local originado en la red del servicio de telefonía fija local, en la modalidad de abonados y teléfonos públicos, de Telefónica Móviles u otros operadores y terminado en la red del servicio de comunicaciones personales de América Móvil, empleando el código del servicio especial con interoperabilidad 1515 de Telefónica Móviles (en adelante, Mandato sobre interoperabilidad).

Con fecha 14 de mayo de 2008, Telefónica Móviles interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 053-2008-PD/OSIPTTEL. Posteriormente, mediante carta C.168-GPR/2008, notificada el 29 de mayo de 2008, se corrió traslado a América Móvil de dicho recurso.

El 19 de junio de 2008, mediante comunicación DMR/CE/N° 382/08, América Móvil puso en conocimiento de este organismo sus consideraciones respecto del recurso formulado por Telefónica Móviles. Mediante carta C.227-GPR/2008, notificada el 20 de agosto de 2008, se corrió traslado a Telefónica Móviles de la referida comunicación.

El 28 de agosto de 2008, tanto Telefónica Móviles como América Móvil hicieron uso de la palabra ante el Consejo Directivo del OSIPTTEL para exponer sus argumentos.

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

2.1. Argumentos de Telefónica Móviles

Telefónica Móviles manifiesta que el Mandato sobre Interoperabilidad generaría un tratamiento discriminatorio dado que se estaría creando un régimen único para Telefónica Móviles que resulta más perjudicial que el aplicable al resto de operadores. Tal discriminación se estaría produciendo en las siguientes situaciones:

- (i) En la relación de interconexión entre América Móvil y Nextel del Perú S.A. (en adelante, Nextel), es este último como operador interoperable quien fija la tarifa, mientras que en el Mandato sobre Interoperabilidad se ha establecido que es América Móvil quien debe fijarla.
- (ii) En múltiples acuerdos de interconexión aprobados por el OSIPTTEL se ha permitido la utilización de un ANI (*Automatic Number Identification*) ficticio, en tanto en el Mandato sobre Interoperabilidad se ha dispuesto que no sea utilizado.

Estas situaciones se estarían agravando, considerando que no se ha incluido una cláusula de adecuación automática a mejores condiciones, de conformidad con la normativa vigente.

Adicionalmente, Telefónica Móviles afirma que el Mandato sobre Interoperabilidad no se ajustaría al marco legal peruano, teniendo en cuenta que:

- (i) La interpretación contenida en el Mandato sobre Interoperabilidad sobre la incompatibilidad entre el régimen de interoperabilidad y el de las llamadas fijo-móvil, no sería consistente con la finalidad del sistema de interoperabilidad, el cual persigue generar competencia y bienestar a los usuarios. Al respecto, Telefónica Móviles considera que no se debería inaplicar mediante un mandato un régimen desarrollado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dado que la vía idónea para tal efecto sería que el regulador lo cuestione mediante una solicitud al referido ministerio.
- (ii) No se habría producido una modificación tácita del régimen de interoperabilidad por el de las llamadas fijo-móvil dado que dichos regímenes habrían sido establecidos por resoluciones de distinta naturaleza, y que en diversos pronunciamientos el OSIPTTEL habría reconocido que se encuentra vigente la regla que dispone que el operador móvil que brinda servicios de interoperabilidad es quien establece la tarifa fijo-móvil.
- (iii) No existiría incompatibilidad entre el sistema "el que llama paga" y el régimen de interoperabilidad para las llamadas fijo-móvil. Así, Telefónica Móviles

manifiesta que, en todo caso, el sistema “el que llama paga” que resultaría aplicable al Mandato sobre Interoperabilidad sería el modificado por el régimen de interoperabilidad. En ese sentido, precisa que la única interpretación válida sería que no se ha producido una modificación tácita.

- (iv) No obstante existir normas específicas sobre interoperabilidad, se aplicó una norma que no hace referencia a este tipo de escenarios de llamadas.

De otro lado, Telefónica Móviles señala que la aplicación del Mandato sobre Interoperabilidad implicaría un retroceso en el cumplimiento de los objetivos de generar mayor competencia en el segmento fijo-móvil, lo cual terminaría perjudicando a los usuarios. Sobre el particular, agrega que se ha adoptado una decisión regulatoria “*ex ante*” en un mercado en competencia, sin efectuar un análisis económico de los efectos que implicaría la prestación de sus servicios de interoperabilidad.

Por tales argumentos, Telefónica Móviles solicita se declare fundado su recurso de reconsideración y la nulidad del Mandato sobre Interoperabilidad dictado mediante Resolución N° 053-2008-PD/OSIPTEL, emitiéndose un nuevo mandato. Adicionalmente, solicita se suspenda la ejecución de dicha resolución y se le otorgue el uso de la palabra.

2.2. Argumentos de América Móvil

América Móvil señala que el Mandato sobre Interoperabilidad estaría respetando el ordenamiento jurídico peruano, al determinar que el operador móvil de destino es quien fija la tarifa de las llamadas fijo-móvil. Al respecto, América Móvil precisa que:

- (i) La resolución que establece el régimen aplicable a las llamadas fijo-móvil tiene carácter normativo, por lo que sí se habría modificado el régimen de interoperabilidad.
- (ii) En el Decreto Supremo N° 003-2007-MTC se ha establecido que al régimen de interoperabilidad le serían aplicables las reglas de interconexión así como las especificaciones del OSIPTEL sobre la red que fija la tarifa para los usuarios finales, por lo que en el Mandato sobre Interoperabilidad se habría respetado dicha disposición.

Adicionalmente, América Móvil manifiesta que sería innecesario que el Mandato sobre Interoperabilidad incluyera una cláusula de adecuación automática a mejores condiciones, en tanto dicha adecuación es obligatoria y no depende de si se incluye o no la referida cláusula en el contrato o mandato de interconexión.

Afirma América Móvil que el Mandato sobre Interoperabilidad no estaría generando un tratamiento discriminatorio para Telefónica Móviles, teniendo en cuenta, de un lado, que ha suscrito un acuerdo de interconexión con Nextel que recoge en su integridad el esquema de liquidación para las llamadas fijo-móvil establecido en el referido mandato, y de otro lado, que el uso de un ANI ficticio supone un acuerdo de los operadores respecto de asumir el riesgo de que su contraparte realice liquidaciones incorrectas, lo que no puede ser impuesto en un mandato.

Finalmente, América Móvil agrega que, de acogerse el planteamiento de Telefónica Móviles, se estarían trasladando sus ingresos hacia un grupo económico dominante y verticalmente integrado como el grupo Telefónica, por lo que solicita se declare infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Telefónica Móviles.

3. ANÁLISIS

3.1. Alcances del Recurso de Reconsideración

De los términos del recurso de reconsideración se desprende que Telefónica Móviles pretende la nulidad del Mandato sobre Interoperabilidad dictado mediante Resolución N° 053-2008-PD/OSIPTEL, específicamente por no estar de acuerdo con el régimen tarifario establecido en el Numeral 1 del Anexo 2 de dicho mandato, por no permitirse la utilización de un ANI ficticio para la identificación de tráfico y por no haberse incluido una cláusula de adecuación automática a mejores condiciones.

3.2. Régimen Tarifario de las Llamadas Locales Fijo Abonado-Móvil

El presente caso está circunscrito al régimen tarifario aplicable a las llamadas locales originadas en la red del servicio de telefonía fija en la modalidad de abonado, terminadas en las redes de los servicios móviles¹, con o sin la intervención de un operador interoperable² (en adelante, llamadas locales Fijo Abonado-Móvil).

De acuerdo a lo señalado en el Numeral 1 del Anexo 2 del Mandato sobre Interoperabilidad, le corresponde a América Móvil fijar la tarifa de las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil terminadas en su red, aun cuando intervenga Telefónica Móviles en su calidad de operador interoperable. Ello, en virtud a que el Artículo 2° de las Normas Complementarias sobre los Servicios Especiales con Interoperabilidad aprobadas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 025-2004-CD/OSIPTEL³ (en adelante, Normas de Interoperabilidad), ha sido tácitamente modificado en sus alcances por el Artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTEL⁴.

Cabe indicar que dicha modificación se ha producido debido a la incompatibilidad existente entre ambas disposiciones, toda vez que el Artículo 2° de las Normas de Interoperabilidad señaló que sería el operador interoperable quien fijaría la tarifa de las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil realizadas a través de los servicios especiales con interoperabilidad; mientras que el Artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTEL dispuso -sin distinción alguna respecto de si interviene o no un operador interoperable- que las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil estarían sujetas al sistema de tarifas “El que llama paga”, bajo el cual las tarifas son fijadas por el concesionario del servicio móvil en cuya red termina la comunicación.

A efectos de analizar los argumentos expuestos por Telefónica Móviles sobre este tema, estos se han subdividido en los siguientes acápite:

3.2.1. Supuesta Discriminación a Telefónica Móviles

Con la dación del Decreto Supremo N° 062-2003-MTC se estableció la posibilidad de que, dentro del marco de la interconexión, existiera entre la red de origen y la red de destino de una llamada, un concesionario intermediario que

¹ Esta referencia genérica a “servicios móviles” incluye el servicio de telefonía móvil, el servicio de comunicaciones personales y el servicio móvil de canales múltiples de selección automática (troncalizado).

² Entiéndase como el operador que presta servicios especiales con interoperabilidad en una determinada comunicación.

³ Publicada en el diario oficial El Peruano el 08 de marzo de 2004.

⁴ Publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de noviembre de 2005.

brindara servicios especiales con interoperabilidad⁵. Es decir, en el caso específico de las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil, existirían algunas llamadas realizadas a través de los servicios especiales con interoperabilidad y otras que se realizarían directamente sin la prestación de este tipo de servicio.

En este contexto, en las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil con la intervención de un operador interoperable se pueden presentar tres escenarios: que la llamada tenga como destino la red del operador interoperable, que la llamada tenga como destino la misma red de origen, y que la llamada tenga como destino una red diferente a la de origen y a la del operador interoperable.

Siendo así, para que se produzca el tratamiento discriminatorio que alega Telefónica Móviles tendrían que presentarse dos supuestos:

- (i) Que el OSIPTEL hubiera aprobado un contrato o emitido un mandato de interconexión sobre interoperabilidad donde intervengan dos operadores móviles, uno en su calidad de interoperable y otro como titular de la red de destino de la comunicación.
- (ii) Que en las condiciones del contrato o mandato de interconexión sobre interoperabilidad se hubiera establecido que el operador móvil interoperable fijará la tarifa por las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil aun cuando no terminen en su red.

Tales circunstancias no han ocurrido, por el contrario, antes de la emisión del Mandato sobre Interoperabilidad, el OSIPTEL únicamente había aprobado contratos sobre esta materia donde intervenía un solo operador móvil. Entre estos, tenemos los contratos de interconexión aprobados mediante Resoluciones de Gerencia General N° 069-2006-GG/OSIPTEL y N° 130-2006-GG/OSIPTEL, suscritos por Nextel con Americatel Perú S.A. y por Nextel con Telmex Perú S.A., respectivamente, los cuales han sido señalados por Telefónica Móviles como sustento de sus argumentos.

Si bien en dichos contratos se ha establecido que Nextel fijará la tarifa por llamadas terminadas en la red móvil, éstas no podrían ser otras que las terminadas en su propia red, dado que las disposiciones contenidas en tales contratos rigen la relación existente entre Nextel con cada uno de estos operadores, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 1363° del Código Civil⁶, no resulta oponible a un operador móvil que no lo ha suscrito.

En este sentido, tal como se precisó en el Mandato sobre Interoperabilidad impugnado, el OSIPTEL no ha aprobado contratos ni ha emitido mandatos en los cuales se haya establecido que corresponde al operador interoperable fijar la tarifa por las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil, realizadas a través de los servicios especiales con interoperabilidad, cuando la red móvil de destino no es de dicho operador.

De otro lado, Telefónica Móviles afirma que Nextel ha comunicado al OSIPTEL y publicado, tarifas para sus servicios de interoperabilidad para las llamadas materia de discusión; ofrece como pruebas el aviso publicado por Nextel en el

⁵ Las condiciones técnicas, económicas y legales para la prestación de dichos servicios fueron establecidas por las Normas de Interoperabilidad.

⁶ **“Artículo 1363.- Efectos del contrato**

Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles.”

diario Expreso de fecha 13 de junio de 2005, una tarjeta de pago emitida por dicho operador y la comunicación de tarifas al OSIPTEL.

Sobre el particular, debe precisarse que la tarjeta presentada por Telefónica Móviles no especifica las tarifas aplicables a las diversas comunicaciones que puedan realizarse con la misma, y en el caso de las tarifas difundidas por Nextel, tales tarifas no necesariamente han sido fijadas por dicho operador.

En efecto, las tarifas por las llamadas realizadas a través de tarjetas de pago o mediante la marcación de un código pueden ser difundidas por el operador que ofrece estos servicios, independientemente de que sea el mencionado operador quien establezca la tarifa por tales comunicaciones. Esta situación puede ocurrir en el caso específico de las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil realizadas mediante las tarjetas de pago de operadores fijos locales, cuya tarifa la fija el operador móvil de destino y sin embargo, dicho operador puede difundir estas tarifas al ser quien ofrece este tipo de tarjetas.

De acuerdo a lo expuesto, los documentos ofrecidos como prueba por Telefónica Móviles no contienen información alguna que permita concluir a este organismo que es Nextel el operador que establece la tarifa por las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil, realizadas a través de sus servicios especiales con interoperabilidad, cuando estas llamadas no terminan en su red.

Adicionalmente, es pertinente señalar que con fecha 13 de junio de 2008 Nextel y América Móvil han suscrito un contrato aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 237-2008-GG/OSIPTEL emitida el 15 de julio del presente año. En el Numeral 1 del Anexo 2 del referido contrato las partes han pactado que corresponde a América Móvil fijar la tarifa por las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil, realizadas a través de los servicios especiales con interoperabilidad de Nextel, cuando estas llamadas terminen en la red de América Móvil, con lo cual se ratifica que el OSIPTEL no ha emitido pronunciamiento alguno que permita a Nextel la fijación de tarifas por este tipo de comunicaciones.

De conformidad con los fundamentos expuestos, con el establecimiento del régimen tarifario de las llamadas en discusión, el OSIPTEL no ha otorgado un tratamiento discriminatorio a Telefónica Móviles.

3.2.2. Supuesta inaplicación de la Normativa Vigente

De acuerdo a lo establecido en el inciso 5 del Artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones y en el literal b), numeral 3.1° del Artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, el OSIPTEL tiene, entre otras, la función reguladora, que comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito y establecer las reglas para su aplicación. En el mismo sentido, en los artículos 30° y 33° del Reglamento General del OSIPTEL, se establece que el OSIPTEL, en ejercicio de su función reguladora, tiene la facultad de establecer sistemas de tarifas que incluyan un conjunto de reglas y disposiciones tarifarias a que se sujetarán las empresas operadoras para la aplicación de tarifas, planes tarifarios, ofertas, descuentos y promociones.

En ejercicio de sus funciones, el OSIPTEL ha establecido disposiciones tarifarias aplicables a las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil. Así, con anterioridad a la

introducción de los servicios especiales con interoperabilidad, correspondía al operador móvil de destino fijar la tarifa por las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil, de conformidad con el sistema de tarifas “El Que Llama Paga” (Resoluciones N° 005-96-CD/OSIPTTEL y N° 029-99-CD/OSIPTTEL, modificadas por la Resolución N° 063-2000-CD/OSIPTTEL, esta última modificada por las Resoluciones de Consejo Directivo N° 004-2001-CD/OSIPTTEL y N° 042-2001-CD/OSIPTTEL).

A partir del 09 de marzo de 2004⁷, correspondía al operador móvil de destino fijar la tarifa por las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil sin interoperabilidad, en tanto que el operador móvil interoperable fijaría la tarifa por las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil con interoperabilidad, acorde con lo establecido en el Artículo 2° de las Normas de Interoperabilidad.

Posteriormente, el Artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTTEL dispuso -sin distinción alguna respecto de si interviene o no un operador interoperable- que las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil estarían sujetas al sistema de tarifas “El que llama paga”, unificándose así el régimen tarifario para este tipo de comunicaciones.

En efecto, con el Artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTTEL se ratifica la regla tarifaria incluida en el Artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2005-CD/OSIPTTEL⁸, de que quien fija las tarifas para todas las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil es el respectivo concesionario en cuya red móvil termina la llamada y que, por ello, en este tipo de comunicaciones no existe un cargo de terminación explícito, pues el operador móvil que fija la tarifa final de dichas comunicaciones recibe el saldo de tal tarifa una vez que el operador de la red fija se cobra los cargos que le correspondan.

Siendo así, respecto de la determinación del operador móvil al que le corresponde fijar la tarifa de las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil con interoperabilidad, es clara la incompatibilidad existente entre la disposición contenida en el Artículo 2° de las Normas de Interoperabilidad y en el Artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTTEL, toda vez que dicha tarifa no puede ser fijada, a la vez, por el operador interoperable y por el operador de destino de la comunicación, en cuyo caso es la norma posterior la que se encuentra vigente, en aplicación de lo establecido en el Artículo I del Código Civil⁹.

Tal es la incompatibilidad existente entre ambas disposiciones que la misma Telefónica Móviles manifiesta en su recurso de reconsideración que el mandato emitido -que recoge el régimen del sistema de tarifas “El Que Llama Paga”- es incompatible con los objetivos de la interoperabilidad, con lo que carece de sentido profundizar en el análisis de la incompatibilidad existente, siendo que los argumentos de Telefónica Móviles respecto de los objetivos del regulador serán analizados en un acápite posterior.

⁷ Fecha de entrada en vigencia de las Normas sobre Interoperabilidad.

⁸ Publicada en el diario oficial El Peruano del 26 de mayo de 2005.

⁹ “Artículo I.-

La ley se deroga sólo por otra Ley.

La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

Por la derogación de una ley no cobran vigencia las que ella hubiere derogado.”

Adicionalmente, si bien Telefónica Móviles cuestiona el carácter normativo del Artículo 3º de la Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTEL, es necesario reiterar que, tal como ocurre con todas las resoluciones que constituyen la expresión de las funciones reguladora y normativa general -reglamentaria- del OSIPTEL, sus efectos no se agotan en un cumplimiento singular, ni en un número determinado de cumplimientos, sino que se consolida, integra el ordenamiento jurídico y tiene vocación de permanencia. De este modo, mientras no sea modificada o derogada, y durante todo el tiempo de su vigencia, seguirá afectando a una pluralidad indefinida de empresas concesionarias de los servicios móviles, a quienes igualmente serán exigibles una pluralidad indefinida de cumplimientos.

Cabe agregar que el Mandato sobre Interoperabilidad se emitió en base a la negociación efectuada entre Telefónica Móviles y América Móvil, en la cual se incluyeron las llamadas originadas en la modalidad de abonado y las originadas en la modalidad de teléfonos públicos. De acuerdo a ello, en el mandato se aplicó para este último escenario lo dispuesto en el Artículo 2º de las Normas sobre Interoperabilidad, régimen general aplicable a todas las comunicaciones con interoperabilidad, mientras que para el primero de ellos se aplicó el régimen específico vigente que les corresponde por tratarse de llamadas locales Fijo Abonado-Móvil con interoperabilidad, esto es, el Artículo 3º de la Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTEL.

En otro de sus argumentos, Telefónica Móviles cuestiona la aplicación del Artículo 3º de la Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTEL, alegando que el mandato emitido es incongruente pues si las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil lo son sin distinción de si se realizan o no con interoperabilidad, entonces estas ya estaban previstas en su relación de interconexión con América Móvil. Sobre el particular, es importante resaltar que el Mandato sobre Interoperabilidad no ha precisado que dichas llamadas tengan el mismo esquema de liquidación, independientemente de si se realizan con o sin interoperabilidad.

En efecto, corresponde al operador móvil de destino fijar la tarifa por las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil con o sin interoperabilidad; sin embargo, el esquema de liquidación de ambas es distinto, en la medida que los costos involucrados en cada tipo de comunicación son distintos; por tanto, existiendo en las llamadas con interoperabilidad el uso de la plataforma de Telefónica Móviles, el esquema contemplado en la relación de interconexión previo a la emisión del mandato, no especificaba el pago de este componente de los costos involucrados en la comunicación.

En ese sentido, conforme a la normativa vigente, la fijación de la tarifa de las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil corresponde al operador móvil de destino, independientemente de si se realizaron con o sin interoperabilidad, razón por la que el Mandato sobre Interoperabilidad estableció que dicha regla sería aplicable a este tipo de comunicaciones cuando terminaran en la red de América Móvil y fuera Telefónica Móviles el operador interoperable.

3.2.3. Objetivos del Regulador

Telefónica Móviles sostiene que el régimen de interoperabilidad dispuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y complementado por el OSIPTEL tiene como objetivo impulsar la competencia en el mercado de

telecomunicaciones; sin embargo, en opinión de Telefónica Móviles, las disposiciones establecidas en el mandato impugnado contravienen dicho objetivo bajo el argumento de permitir la expansión del servicio.

Asimismo, Telefónica Móviles agrega que no se encuentra en contra de la expansión del servicio, sino que por el contrario considera que ésta debe promoverse; sin embargo, considera que el Mandato no puede inaplicar las disposiciones sobre interoperabilidad recogidas en los Lineamientos para Promover la Competencia, dado que se encuentra fuera de la competencia del regulador.

Sobre el particular, conforme se ha expuesto en distintos pronunciamientos, las disposiciones que establece el OSIPTEL no deben ser consideradas aisladas, sino como pronunciamientos que forman un sistema derivado de los objetivos regulatorios. Conforme lo establece el mismo Reglamento General del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, son objetivos específicos del OSIPTEL, entre otros, el promover las condiciones de competencia y el garantizar el acceso¹⁰. En razón de ello, el OSIPTEL establece la secuencia óptima en función al orden de prioridades de los objetivos establecidos.

La racionalidad que está detrás de este tema se deriva de las características del mercado de telecomunicaciones en el país, el cual evidencia, a pesar de haberse reducido la brecha de acceso, un porcentaje de la población que no cuenta con acceso al servicio. En razón de ello, al emitir las distintas medidas regulatorias, corresponde no sólo enfocarla hacia los usuarios actuales de los distintos servicios públicos de telecomunicaciones, sino considerar adicionalmente a los usuarios potenciales, aquellos que no tienen servicio.

Dado este mecanismo, no sólo corresponde al OSIPTEL emitir medidas, de acuerdo a sus facultades, dirigidas a promover la competencia sino ponderar éstas con el objetivo de incentivar el acceso y la expansión, y de esta forma promover la inclusión.

Respecto del caso concreto de los servicios móviles, las medidas adoptadas por el OSIPTEL fueron consistentes con dicha racionalidad; es así que, como se menciona en el mandato impugnado, en el Informe Sustentatorio de la Resolución N° 070-2005-CD/OSIPTEL, que establece los cargos tope de interconexión por terminación de llamada en las redes de los servicios móviles, se expone que los operadores de servicios móviles mantienen la facultad de fijar las tarifas para los escenarios de llamadas locales Fijo Abonado-Móvil con la finalidad de incentivar la expansión de sus redes.

La evidencia empírica de esta ponderación de objetivos concluye que adicionalmente a la oferta de mejores opciones para los usuarios actuales (promover competencia) se ha incrementado la expansión y cobertura del servicio a nuevos usuarios (promover acceso). Bajo esta perspectiva, específicamente para el caso de las llamadas locales Fijo Abonado-Móvil (con o

¹⁰ **“Artículo 19.- Objetivos específicos del OSIPTEL.**

Dentro del marco del objetivo general, son objetivos específicos del OSIPTEL:

a) *Promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones.*

b) *Garantizar el acceso universal a los servicios públicos de telecomunicaciones. (...).”*

(Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, publicado el 02 de febrero 2001).

sin interoperabilidad), el OSIPTEL dispuso la existencia de un único esquema de liquidación aplicable en el cual no se pague un cargo explícito por la terminación de llamadas en las redes de los servicios móviles.

Dada esta ponderación de objetivos realizada en el 2005, las disposiciones que emitió el OSIPTEL se enmarcaron dentro de sus facultades y de las políticas sectoriales establecidas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En esa línea, Telefónica Móviles afirma que el OSIPTEL se ha alejado e inaplicado las disposiciones recogidas en los Lineamientos para Promover la Competencia al establecer que las tarifas para las comunicaciones Fijo Abonado-Móvil a través del servicio de interoperabilidad son establecidas por el operador móvil de destino. Respecto de este comentario, se debe señalar que dicho dispositivo faculta al OSIPTEL a establecer las políticas tarifarias necesarias y conducentes a cumplir con el objetivo de la expansión.

En principio, de acuerdo al numeral 11 de los Lineamientos de Política de Apertura, se establece que el OSIPTEL tiene competencia exclusiva sobre la fijación de tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones. Bajo esta perspectiva, el OSIPTEL tiene la facultad de establecer la política tarifaria que considere conveniente con la finalidad de, entre otros objetivos, fomentar y facilitar la expansión de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones, conforme el numeral 2 del artículo 16º de los Lineamientos para Promover la Competencia¹¹.

Asimismo, de acuerdo a los artículos 23º y 25º del Reglamento General del OSIPTEL, la aplicación de la Función Normativa del OSIPTEL comprende, entre otros, el dictar disposiciones referidas a sistemas tarifarios o regulatorios o mecanismos para su aplicación.

Cabe señalar que el numeral 6 del artículo 9º de los propios Lineamientos para Promover la Competencia, cuya ejecución Telefónica Móviles afirma ha sido inaplicada por el OSIPTEL, dispone, para el tema concreto de interoperabilidad, que el régimen de servicios especiales con interoperabilidad se rigen bajo las reglas de la interconexión, acorde con las especificaciones establecidas por el regulador- el OSIPTEL- respecto de las reglas y procedimientos de liquidación así como con las especificaciones respecto de qué red fija los precios finales para cada tipo de comunicación¹².

En razón de lo expuesto, se concluye que el OSIPTEL, en concordancia con sus facultades, en armonía con la normativa vigente y con la finalidad de cumplir con todos los objetivos derivados de dicha normativa, ha establecido legítimamente

¹¹ **“Artículo 16.- Acceso Universal.**

(...)

2. El Ministerio y OSIPTEL, a través de políticas regulatorias, en el ámbito de su competencia, se encargarán de fomentar y facilitar la expansión de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones, priorizando los distritos no atendidos por algún tipo de servicio. (...).”

¹² **“Artículo 9.- Interconexión.**

(...)

6. El régimen de servicios especiales con interoperabilidad se rigen bajo las reglas de la interconexión, acorde con las especificaciones establecidas por el regulador respecto de las reglas y procedimientos de liquidación así como con las especificaciones respecto de qué red fija los precios finales para cada tipo de comunicación. (...).”

que las tarifas para las comunicaciones Fijo Abonado-Móvil a través del servicio de interoperabilidad sean establecidas por el operador móvil de destino.

3.3.No Utilización del ANI Ficticio

Telefónica Móviles sostiene que en diferentes relaciones de interconexión aprobadas por el OSIPTEL se ha acordado el uso del ANI ficticio como mecanismo para identificación de tráfico, por lo que no permitir su uso en este caso constituye una discriminación.

Al respecto, debe indicarse que el uso de un ANI ficticio para identificar tráfico implica que el operador de destino de la comunicación acepta previamente que dicho ANI ficticio corresponde a determinado tipo de llamadas, por tanto, su uso parte de la premisa de un acuerdo entre ambos operadores en el sentido que no será necesario verificar el origen real de las comunicaciones.

Diferente es la situación de un mandato de interconexión donde el OSIPTEL, ante un desacuerdo surgido en la negociación, tiene que definir las condiciones en las que se identificará el tráfico a liquidar. En este contexto, en el Mandato sobre Interoperabilidad no se permitió el uso de un ANI ficticio sino que se dispuso que las llamadas deberán portar el número telefónico llamante, el número de destino marcado por el usuario, los cuales deben pasar de manera transparente, de modo que pueda verificarse el origen real de las llamadas, máxime considerando que los esquemas de liquidación variarían dependiendo del origen de las mismas.

Conforme a lo expuesto, no se trata de una discriminación a Telefónica Móviles, la misma que se habría producido sólo si el OSIPTEL hubiera emitido un mandato de interconexión en el que se contemple el uso de ANI ficticio como mecanismo para identificación de tráfico, circunstancia que no ha ocurrido.

3.4.Cláusula de Adecuación a Mejores Condiciones

Con relación a este tema, cabe indicar que la relación de interconexión vigente entre Telefónica Móviles y América Móvil se rige por los contratos o mandatos de interconexión suscritos entre ambos operadores.

Específicamente, en el caso de la interconexión entre sus redes de los servicios móviles establecida mediante contrato aprobado por Resolución de Gerencia General N° 007-2001-GG/OSIPTEL, ya incluye una cláusula de adecuación a mejores condiciones, por lo que en un mandato complementario al mismo no es necesaria su incorporación.

Sin perjuicio de ello, es necesario recalcar que la cláusula de adecuación a mejores condiciones que debe ser incorporada en contratos y mandatos de interconexión, en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 28° del TUO de las Normas de Interconexión, responde a los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia consagrados en el Artículo 7° de la misma norma; de este modo, su no incorporación no impide a Telefónica Móviles ni a América Móvil a ejercer su derecho de adecuación a mejores condiciones en aplicación de los principios que rigen la interconexión.

3.5. Solicitud de Nulidad

De conformidad con lo expuesto en los acápites precedentes, el Mandato sobre Interoperabilidad dictado mediante Resolución N° 053-2008-PD/OSIPTEL se ajusta a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de telecomunicaciones, cumpliendo con los requisitos de validez establecidos en el Artículo 3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, y no habiéndose incurrido en ninguna de las causales de nulidad contempladas en el Artículo 10° de la citada ley; en consecuencia, no existe mérito para declarar su nulidad.

3.6. Solicitud de Suspensión de Efectos

Con relación a la suspensión de ejecución del Mandato sobre Interoperabilidad dictado mediante Resolución N° 053-2008-PD/OSIPTEL, debe indicarse que el numeral 216.2 del Artículo 216° de la Ley del Procedimiento Administrativo General faculta a la autoridad a quien compete resolver un recurso administrativo para suspender, de oficio o a petición de parte, la ejecución de un acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: (i) que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o (ii) que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

No obstante, se advierte que Telefónica Móviles no expresa fundamento alguno que sustente su pedido, aún cuando es de su conocimiento que, conforme a lo expresamente dispuesto por el mismo artículo antes señalado, las decisiones de suspensión de efectos de actos administrativos sólo pueden adoptarse previa ponderación suficientemente razonable entre el perjuicio que la suspensión causaría al interés público o a terceros y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.

Al respecto, el Artículo 108° del Reglamento General del OSIPTEL establece la ejecutabilidad inmediata de las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos del OSIPTEL, sin perjuicio de las impugnaciones que puedan presentar los interesados contra dichos actos.

El mismo artículo establece que la regla de ejecutabilidad admite como excepción la posibilidad que se suspenda la ejecución y los efectos de las decisiones y resoluciones del OSIPTEL, cuando así lo disponga expresamente el respectivo superior jerárquico o el Poder Judicial.

En este contexto, teniendo en cuenta que, por los fundamentos expuestos en la presente resolución, este Consejo Directivo ha desestimado todo cuestionamiento referido a la existencia de algún vicio de nulidad de la resolución impugnada, y siendo que en el presente caso la empresa no alega ni sustenta la generación de perjuicio alguno de imposible o difícil reparación que le pudiera generar la ejecución del acto recurrido, resulta infundado el pedido de suspensión.

De acuerdo a las funciones señaladas en el inciso n) del Artículo 25° y en el inciso b) del Artículo 75° del Reglamento General de OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, en concordancia con el artículo 208° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y estando a lo acordado en la Sesión 324;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por Telefónica Móviles S.A. contra la Resolución de Presidencia N° 053-2008-PD/OSIPTEL, ratificándose dicha resolución en todos sus extremos.

Regístrese, comuníquese y publíquese,

GUILLERMO THORBERRY VILLARÁN
Presidente del Consejo Directivo