

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 010-2002-CCO-ST/IX
PARTES : Bellsouth Perú S.A. (Bellsouth) contra Nextel del Perú S.A. (Nextel).
MATERIA : Incumplimiento de las obligaciones derivadas de su relación de interconexión.
APELACIÓN : Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL, que declaró fundada en parte la demanda de Bellsouth e infundada la reconvencción de Nextel.

SUMILLA: Se declaran infundadas las nulidades deducidas por Nextel del Perú S.A. contra la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL.

Se confirma la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL en el extremo que declaró fundada en parte la demanda de Bellsouth Perú S.A. contra Nextel del Perú S.A. por supuestos incumplimientos de las obligaciones derivadas de su relación de interconexión; impuso una multa a Nextel de 151 UIT; declaró fundada en parte la demanda de Bellsouth referida al pago de montos devengados; declaró infundada la solicitud de pago de intereses moratorios por los montos devengados; y, declaró infundada la reconvencción de Nextel.

Lima, 10 de octubre del año 2003.

VISTO:

El recurso de apelación de fecha 24 de julio del año 2003 presentado por Nextel mediante el cual solicita, como pretensión principal, que el Tribunal de Solución de Controversias declare la nulidad de la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL, de fecha 9 de julio del año 2003; y, como pretensión subordinada, que se revoque la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL en los extremos que (i) declara fundada la demanda de adecuación de Bellsouth; (ii) impone una multa a Nextel de 151 UIT; (iii) declara fundada en parte la demanda de Bellsouth referida al pago de montos devengados; (iv) declara infundada la demanda en lo relativo al pago de intereses moratorios por los montos devengados y, (v) declara infundada la reconvencción de Nextel.

El recurso de apelación de fecha 24 de julio del año 2003 presentado por Bellsouth mediante el cual solicita al Tribunal de Solución de Controversias que (i) se modifique la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL en cuanto a la fecha en que se produjo la adecuación automática; (ii) se revoque la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL en el extremo que declara infundada el pago de intereses; (iii) se establezca con claridad el monto que Nextel debe pagar a Bellsouth por concepto de cargos de acceso; (iv) se

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

augmente el monto de la multa a 350 UIT; y, (v) se conceda la apelación sin efecto suspensivo.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Bellsouth (antes Tele 2000 S.A.) obtuvo concesión para prestar el Servicio de Telefonía Móvil en Lima y Callao mediante Resolución N° 440-91-MTC/15.17. Posteriormente, obtuvo concesión para prestar el Servicio de Telefonía Móvil en provincias a través de la banda B, mediante Resolución N° 250-98-MTC/15.03.
2. Nextel obtuvo la concesión para prestar el Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (en adelante Servicio Troncalizado) en el departamento de Lima, en la Provincia Constitucional del Callao, mediante Resoluciones N° 385-98-MTC/15.03 y 102-2000-MTC.15.03.
3. El 27 de agosto del año 1999, Bellsouth y Nextel suscribieron un Contrato de Interconexión, mediante el cual se estableció la interconexión de la red del servicio de Telefonía Móvil celular de Bellsouth y la red del Servicio Troncalizado de Nextel (en adelante el Contrato de Interconexión). En este contrato se estableció el sistema *Sender Keeps All*, acordando las partes no pagarse cargos de acceso entre sí por el tráfico que se curse entre sus redes. En lugar de ello, las partes pactaron que cada una se quedaría con el íntegro de la tarifa que pague su usuario.
4. El 17 de junio del año 1999, Nextel suscribió con Telefónica Móviles S.A.C. (antes Telefónica del Perú S.A.A., en adelante Telefónica Móviles) un contrato para interconectar la red del Servicio Troncalizado de Nextel y las redes del servicio de Telefonía Fija Local, Portador de Larga Distancia y Telefonía Móvil de Telefónica Móviles. Este contrato fue modificado reemplazándose el sistema *Sender Keeps All* por uno de cargos de acceso, siendo aprobada dicha modificación el 30 de abril del año 2001, mediante Resolución N° 051-2001-GG/OSIPTEL.
5. El 25 de setiembre del año 2002, Bellsouth interpuso demanda contra Nextel ante OSIPTEL, solicitando que se ordene a esta empresa la adecuación automática del Contrato de Interconexión a las condiciones económicas que actualmente brinda a Telefónica Móviles, el pago desde el 12 de agosto del año 2002, de los montos devengados por el tráfico cursado entre sus redes, el pago de los intereses correspondientes; así como, que se le sancione por incumplimiento a la normativa vigente y a su Contrato de Interconexión.
6. El 25 de octubre del año 2002, Nextel contestó la demanda reconviniendo por supuestas infracciones a la leal competencia y a la normativa de interconexión, e incumplimientos al Contrato de Interconexión por parte de Bellsouth al haber utilizado su red de telefonía móvil como red portadora con fines de brindar el servicio de transporte conmutado local al haber terminado llamadas originadas en la red del servicio de Comunicaciones Personales (PCS) de Tim Perú S.A.C. (en adelante Tim) en la red del servicio Troncalizado de Nextel.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

7. Con fecha 24 de marzo del año 2003, la Secretaría Técnica de primera instancia emitió el Informe Instructivo N° 003-2003/ST concluyendo, con respecto a la demanda de Bellsouth, que esta empresa tiene derecho a la adecuación de su Contrato de Interconexión y la misma se habría producido el 12 de octubre del año 2002; y, con relación a la reconvención planteada por Nextel, que la misma debía ser declarada infundada dado que la conducta denunciada constituía el cumplimiento de la obligación de la interconexión por parte de Bellsouth por lo que no implicaba una infracción a la regulación de telecomunicaciones, al Contrato de Interconexión ni a las normas sobre competencia desleal.
8. Mediante escrito de fecha 4 de abril del año 2003, Nextel solicitó al Cuerpo Colegiado de OSIPTEL encargado de conocer la presente controversia (en adelante Cuerpo Colegiado) que ordene a la Secretaría Técnica solicitar al INDECOPI el informe técnico al que se refiere el artículo 53° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM¹, Reglamento General de OSIPTEL (en adelante, Reglamento de OSIPTEL) y el artículo 78° de la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL², Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas (en adelante Reglamento de Controversias), dado que su reconvención versaba sobre supuestos incumplimientos de las obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia.
9. Mediante Resolución N° 009-2003-CCO/OSIPTEL del 11 de abril del año 2003, el Cuerpo Colegiado decidió denegar la solicitud efectuada por Nextel por considerar que la Secretaría Técnica actuó correctamente al no haber solicitado dicho informe técnico puesto que si bien se habían denunciado supuestos actos de competencia desleal, no se había entrado a analizar el tema de fondo, debido a que se había concluido que la conducta denunciada constituía el cumplimiento de la obligación legal de interconexión indirecta.
10. En su escrito de alegatos, Nextel señaló que existían materias planteadas en su reconvención que no correspondían a la comisión de una infracción, como las pretensiones de pago contra Bellsouth. Por este motivo, dicha reconvención habría determinado que el presente procedimiento administrativo adquiriera la naturaleza de una controversia mixta. En ese sentido, el Cuerpo Colegiado debió

¹ Reglamento de OSIPTEL. Artículo 53°: *"OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:*

(a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia. En estos casos, antes de resolver la controversia en primera instancia, el órgano funcional deberá solicitar al INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos (...)".

² Reglamento de Controversias. Artículo 78°: *"Informe de INDECOPI. En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos"*.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

dar a los aspectos señalados en dicha reconvención el trámite de una controversia que no versa sobre la comisión de una infracción.

11. El 29 de abril del año 2003, Nextel interpuso demanda contencioso administrativa con el fin de que sea el Poder Judicial quien ordene al Cuerpo Colegiado solicitar el informe técnico a INDECOPI.
12. Mediante Resolución N° 1, del 16 de mayo del año 2003, el Primer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima declaró improcedente la demanda contencioso administrativa interpuesta por Nextel. Dicha resolución fue apelada por Nextel el 18 de junio del presente admitiéndose a trámite el 8 de agosto del año 2003.
13. El 9 de julio del año 2003, el Cuerpo Colegiado emitió la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL, mediante la cual (i) declaró fundada en parte la demanda de Bellsouth sobre la solicitud de adecuación, coincidiendo con la posición de la Secretaría Técnica de primera instancia; (ii) impuso una multa a Nextel de 151 UIT; (iii) declaró fundada en parte la demanda de Bellsouth referida al pago de montos devengados; (iv) declaró infundada la solicitud de pago de intereses; y, (v) declaró infundada la reconvención de Nextel, basándose en los siguientes fundamentos:
 - La solicitud de Nextel sobre la reconducción de la tramitación de la controversia resulta tardía e inoportuna dado que el Cuerpo Colegiado, en su momento encausó la controversia como una que involucra la comisión de una infracción, quedando saneado el procedimiento sin que Nextel hubiera cuestionado anteriormente esta decisión. No obstante lo mencionado, el Cuerpo Colegiado analizó el tema y concluyó que las pretensiones de pago de Nextel son accesorias a la materia principal referida a la comisión de infracciones, y por lo tanto, deben seguir el procedimiento de la principal, es decir el relativo a las controversias que involucran la comisión de infracciones.
 - No obstante lo anterior, las pretensiones de pago de Nextel dependen directamente de lo que se resuelva respecto de la pretensión principal que se sustenta en el incumplimiento de la legislación sobre regulación de interconexión y a la legislación sobre la libre y leal competencia, incumplimientos calificados como infracciones a la normativa vigente.
 - Bellsouth tiene derecho a que su contrato se adecue, sustituyéndose el *Sender Keeps All* por el sistema de cargos de acceso, para lo cual basta que lo solicite conforme a lo acordado por las partes en cumplimiento de la normativa vigente, sin necesidad de probar la calidad más favorable respecto de sus intereses de la condición invocada.
 - Bellsouth solicitó la adecuación mediante carta de fecha 12 de agosto del año 2002, en la cual manifestó su intención de hacer uso del derecho de adecuación, precisando la condición respecto de la cual lo invoca, adecuándose automáticamente el Contrato de Interconexión el 12 de octubre del año 2002.
 - Nextel incurrió en las infracciones tipificadas en los artículos 36° y 37° de la

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones (en adelante, el Reglamento de Infracciones) al haberse negado a realizar la adecuación solicitada por Bellsouth, por lo que se le impuso una multa de 151 UIT.

- Conforme al Acuerdo de Liquidación, Facturación y Pagos entre las redes de Telefonía Fija, Móvil, Larga Distancia y Terminales de Uso Público de Bellsouth con la red del Servicio Troncalizado de Nextel (en adelante el Acuerdo de Liquidación)³ se devengan intereses en caso la parte obligada no cumpla con cancelar la factura dentro del plazo máximo de cuatro (4) días de recibida. Dado que Bellsouth, no obstante encontrarse en capacidad para hacerlo, no emitió las facturas, no corresponde ordenar el pago de intereses.
- La reconvención de Nextel es infundada dado que, de acuerdo con la normativa vigente, la terminación de llamadas originadas en la red del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) de Tim en la red del Servicio Troncalizado de Nextel se enmarca dentro de la obligación de interconexión indirecta de Bellsouth. Por tanto, dicha empresa no habría cometido ninguna de las infracciones imputadas por Nextel. Las materias accesorias como las pretensiones de pago siguen la suerte de la materia principal, y en consecuencia, son igualmente infundadas.

14. El 24 de julio, Nextel presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 015-CCO/OSIPTEL mediante el cual solicitó, como pretensión principal, que se declare la nulidad de la resolución impugnada por haber sido emitida (i) sin haberse solicitado, obtenido y evaluado el informe técnico de INDECOPI al que se refiere el artículo 53° del Reglamento de OSIPTEL y el artículo 78° del Reglamento de Controversias; y, (ii) sin haberse seguido el trámite previsto para las controversias mixtas en el artículo 39° del Reglamento de Controversias.

Nextel basó su solicitud de nulidad por el incumplimiento de la solicitud del informe técnico de INDECOPI en los siguientes argumentos:

- La reconvención fue admitida y tramitada como una controversia que versa sobre temas relacionados a la libre y leal competencia.
- La obtención del informe técnico de INDECOPI es de carácter imperativo, inequívoco e incondicional dada la especialidad de las materias y la competencia de esta institución. Al no solicitarse el referido informe se habría contravenido la ley debiendo ser declarada nula la resolución impugnada.
- La resolución impugnada contraviene los principios de legalidad, debido procedimiento e impulso de oficio.
- El Cuerpo Colegiado obvió el cumplimiento de un acto debido distinguiendo ahí donde la ley no lo hace cuando entiende que cuenta con la facultad de no solicitar el informe técnico.

³ El Acuerdo de Liquidación fue celebrado el 18 de setiembre del año 2002, aprobado por OSIPTEL mediante Resolución N° 072-2003-GG/OSIPTEL.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

- El vicio que afecta a la resolución impugnada es trascendente puesto que afecta el debido procedimiento de Nextel materializado en el derecho a ser juzgado bajo un procedimiento previamente establecido y en cumplimiento de todas las etapas procesales.

Con relación a su solicitud de nulidad por error en el trámite de la controversia, argumentó lo siguiente:

- En su reconvencción Nextel solicitó que Bellsouth le pague una suma de dinero, pretensión que no implica la comisión de una infracción. Esto hace que la controversia sea de naturaleza mixta. El Cuerpo Colegiado debió dar trámite a esos aspectos de la reconvencción a través del procedimiento para controversias que no versan sobre la comisión de una infracción.
- Que el procedimiento haya sido saneado como controversia que versa sobre la comisión de una infracción no es razón para que el Cuerpo Colegiado incumpla con su deber de encausamiento del proceso, independientemente de que Nextel no haya reclamado tal situación.
- Que el hecho que la solicitud de pago de Nextel se añada otra solicitud sobre la imposición de una sanción a Bellsouth por un acto de competencia desleal no determina que la primera sea una pretensión accesoria de la segunda.
- El vicio del que adolece la resolución impugnada es trascendente porque afecta el debido procedimiento.

Como pretensión subordinada de su recurso de apelación, Nextel solicitó se revoque la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL en los extremos que (i) declara fundada en parte la demanda de adecuación de Bellsouth; (ii) impone una multa a Nextel de 151 UIT; (iii) declara fundada en parte la demanda de Bellsouth referida al pago de montos devengados; y, (iv) declara infundada la reconvencción de Nextel, basándose en los siguientes argumentos:

- La adecuación contractual sólo opera cuando existe una condición económica pactada y en el Contrato de Interconexión se acordó no establecer condición económica alguna sobre retribución de redes al establecer el sistema *Sender Keeps All*.
- El sistema *Sender Keeps All* no es comparable con un sistema de cargos de terminación dado que el primero consiste precisamente en lo contrario, en el acuerdo de que no exista un cargo determinado. En base a esto, no puede determinarse qué es lo más favorable.
- De prosperar la errónea interpretación del Cuerpo Colegiado, la adecuación no puede ser retroactiva toda vez que al haberse dado una nueva interpretación al marco regulatorio vigente se estaría aplicando retroactivamente una normativa que recién está siendo plasmada. En base a esto, la adecuación debería operar a partir de la emisión de la resolución apelada.
- La sanción impuesta por el Cuerpo Colegiado resulta improcedente por no concurrir el elemento de culpabilidad y/o intencionalidad.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

- Al declarar infundada la reconvención de Nextel, la resolución estaría legitimando el desvío de tráfico y, por tanto, un acto contrario a las normas que inspiran la leal y sana competencia.

Asimismo, Nextel solicitó en su recurso de apelación al Tribunal de Solución de Controversias, la suspensión de la ejecución de la Resolución N° 015-CCO/OSIPTEL, de acuerdo con lo establecido en el artículo 216° de la Ley 27444⁴, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG).

15. El 24 de julio del año 2003, Bellsouth presentó también recurso de apelación contra la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL solicitando que (i) se modifique la resolución apelada en cuanto a la fecha en que se produjo la adecuación automática; (ii) se revoque la resolución apelada en el extremo que declara infundada el pago de intereses; (iii) se establezca con claridad el monto que Nextel debe pagar a Bellsouth; (iv) se aumente el monto de la multa a 350 UIT; y, (v) se conceda la apelación sin efecto suspensivo, basándose en los siguientes argumentos:

- La solicitud de adecuación de Bellsouth se habría realizado mediante la comunicación del 4 de enero del año 2002 y no del 12 de agosto del mismo año. Según esta empresa, si bien en la carta del 4 de enero no se utiliza el término “adecuación”, sino “modificación”, al existir un contrato de interconexión equivalente al que solicitaban modificar, era evidente cual era la relación de interconexión respecto a la cual se solicitaba la adecuación.
- El Cuerpo Colegiado ha incurrido en error al no aplicar de modo correcto los conceptos de mora y de interés moratorio contenidos en el Código Civil. Lo que se debe establecer es el momento en que Nextel se encuentra en mora y por tanto desde qué momento se encuentra obligada al pago de dichos intereses. Se debe obligar a Nextel al pago de intereses desde el momento en que incurrió en mora y no se condicione tal situación al cumplimiento de una formalidad.
- El Tribunal debe establecer con claridad el monto a pagar, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 187° de la LPAG.
- El monto de la multa debe aumentarse a 350 UIT en función a lo dispuesto por el artículo 230° inciso 4 de la LPAG, ya que Nextel se habría beneficiado con su incumplimiento evitando pagar montos superiores a los dos millones de dólares. Además, la intencionalidad de Nextel es clara repitiendo la conducta e interponiendo recursos ante el Poder Judicial para alargar la situación.

⁴ LPAG. Artículo 216°: “Suspensión de la ejecución.

216.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

216.2 No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente (...).”

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

- La apelación debe concederse sin efecto suspensivo porque en virtud del principio de ejecutividad, por regla general, la Administración está facultada para hacer cumplir sus mandatos aunque éstos sean impugnados por los administrados.
16. Mediante Resolución N° 016-2003-CCO/OSIPTEL, del 31 de julio del año 2003, el Cuerpo Colegiado concedió los recursos de apelación presentados por Nextel y Bellsouth contra la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL. El expediente fue elevado al Tribunal de Solución de Controversias el 5 de agosto del año 2003, corriéndose traslado de las apelaciones el 7 de agosto del año 2003.
17. El 21 de agosto del año 2003, Bellsouth contestó la apelación de Nextel señalando lo siguiente con relación a las nulidades alegadas:
- No era necesario solicitar un informe a INDECOPI dado que el Cuerpo Colegiado cumplió con su deber de encausar el procedimiento al considerar que no se trataba de uno que versara sobre la infracción a las normas sobre represión de la competencia desleal.
 - De acuerdo al artículo 172° de la LPAG, el Cuerpo Colegiado debió necesariamente haber evaluado si la controversia se refería verdaderamente a un tema vinculado a la violación de normas que protegen la libre y leal competencia. En este caso determinó que no se trataba de una infracción de ese tipo por lo que no era necesario solicitar el informe técnico a INDECOPI. Esto se ajusta a la naturaleza subsidiaria que tienen las normas sobre represión de la competencia desleal con relación a las normas específicas del sector telecomunicaciones.
 - Las mencionadas obligaciones de pago que cada una de las partes reclama de la otra se originan en la comisión de infracciones por lo que no constituyen pretensiones autónomas que pudieran ser resueltas al margen de la determinación de la comisión de la infracción.
 - En todo caso, los dos supuestos de nulidad alegados por Nextel encajarían en los vicios no trascendentes que pueden ser subsanados por cuanto, en un caso, no es una formalidad esencial la solicitud del informe técnico a INDECOPI, y, en el otro caso, la única diferencia entre una controversia que involucra la comisión de una infracción y una mixta es que en uno de los casos es obligatorio convocar a una fase de conciliación y en el otro no.
 - Los vicios no serían trascendentes porque no se habría violado el debido procedimiento ya que ese derecho constitucional tiene un contenido restringido que excluye los vicios procedimentales que no impliquen una verdadera afectación de un derecho fundamental, lo cual no sucedería en este caso.
 - De acuerdo al artículo 172° del Código Procesal Civil, que Nextel no haya interpuesto oportunamente algún recurso impugnatorio ha eliminado su derecho a hacerlo ahora.

Con relación a la pretensión subordinada contenida en el escrito de la apelación de Nextel, Bellsouth señaló lo siguiente:

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

- El acuerdo de establecer el sistema *Sender Keeps All* tiene efectos económicos por lo que dicho sistema debe ser considerado como una condición económica.
 - Solo Bellsouth se encuentra en capacidad para determinar qué es más favorable para sí misma. En este caso el sistema de cargos de acceso es más favorable para Bellsouth que el sistema *Sender Keeps All* dado que el tráfico proveniente de las redes de Nextel y Bellsouth no es simétrico por lo que esta última estaría soportando el uso gratuito de su red en lugar de recibir un pago por ello.
 - Es incorrecto sostener que la adecuación debe operar recién desde la emisión de la resolución de primera instancia porque el Contrato de Interconexión y la legislación establecen una serie de requisitos que fueron cumplidos por Bellsouth y a partir de ese momento la adecuación se produjo.
 - Los actos denunciados a través de la reconvención de Nextel constituyen el ineludible cumplimiento de una obligación legal y contractual de interconexión indirecta por parte de Bellsouth como portador local, cuyo incumplimiento es pasible de ser sancionado.
 - Bellsouth no ha prestado el servicio de transporte conmutado de manera fraudulenta ya que es legítima la decisión de Tim de elegir esta vía para enviar sus señales a Nextel, en lugar de hacer valer el contrato de interconexión que tiene con esta empresa, por considerarla más barato. Incluso Nextel pudo haber bloqueado el acceso e iniciar una controversia pero no lo hizo porque sabe que la conducta es lícita.
 - La existencia de desvíos de tráfico no es una conducta reprochable en el mercado de las telecomunicaciones en la medida que no existe norma alguna que lo tipifique como infracción. Si bien es ineficiente, la única forma de acabar con este tipo de conductas es a través del establecimiento de cargos únicos de terminación.
 - No existe relación de competencia entre Bellsouth y Nextel en el mercado del servicio de transporte de llamadas hacia Nextel, por lo que es imposible que se realice actos de competencia desleal.
 - Asimismo, solicitó se le conceda el uso de la palabra.
18. El 22 de agosto del año 2003, Nextel contestó la apelación de Bellsouth señalando lo siguiente:
- Es necesario se suspenda los efectos de la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL porque se encuentra afectada con vicios trascendentes y porque se ocasionaría a Nextel un perjuicio de difícil reparación dado que con la adecuación se estaría modificando el Contrato de Interconexión de manera forzada al generarse, con la ejecución de dicha resolución, costos de transacción no previstos en dicho contrato.
 - La adecuación resulta improcedente al no presentarse las condiciones necesarias para que ella opere. Sin perjuicio de ello, la adecuación operaría a partir de la emisión de la resolución de primera instancia, en caso

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

contrario, se estaría aplicando de manera retroactiva una interpretación normativa que recién está siendo adoptada por OSIPTEL, lo que violaría el artículo 109° de la Constitución Política del Perú.

- La solicitud de pago de intereses por parte de Bellsouth pone en evidencia que no existía condición económica alguna en el Contrato de Interconexión al punto que no se encuentra regulado. Por otro lado, el que Bellsouth no haya emitido las facturas en cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo de Liquidación demuestra que esta empresa no estaba en lo absoluto convencida de su posición respecto de la adecuación automática.
- Los montos que Nextel debe pagar a Bellsouth deben fluir de los procesos de liquidación de tráfico que establece el Acuerdo de Liquidación, tal como lo establece la resolución impugnada.
- No procede la imposición de una multa contra Nextel ya que no concurren los elementos de culpabilidad y/e intencionalidad.
- Debe declararse fundada la reconvención de Nextel porque de lo contrario se estaría legitimando el desvío de tráfico, el envío fraudulento del número ANI y actos contrarios a las normas que inspiran la libre y leal competencia.
- Se le debe conceder a Nextel el uso de la palabra.

19. Mediante Resolución N° 029-2003-TSC/OSIPTEL, del 26 de agosto del año 2003, se fijó como fecha para la realización del informe oral solicitado el día 3 de setiembre del año 2003, a las 09:00 horas, a fin de que hagan uso de la palabra los representantes de Bellsouth y Nextel. El mencionado informe oral se realizó en la fecha señalada.

II. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

2.1. Nulidad de la Resolución por haberse emitido sin haberse solicitado, obtenido y evaluado previamente, el informe técnico de INDECOPI.

20. Nextel fundamentó su solicitud de nulidad en que el Reglamento de OSIPTEL y el Reglamento de Controversias, han otorgado a la obtención previa del informe de INDECOPI un carácter imperativo, es decir, la obligación inequívoca e incondicional de solicitarlo antes de resolver en primera instancia, en los casos de libre y/o leal competencia como el comprendido en la reconvención. En tal sentido, al no haberse solicitado el informe de INDECOPI, se habría infringido los artículos 1.1, 1.2 y 1.3 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG y el inciso 1) artículo 10° de la LPAG.
21. Al respecto, los artículos 1.1., 1.2. y 1.3. del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG establecen que:

“1.1 Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas.

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

- 1.3 Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias”.
22. El artículo 10° de la LPAG señala que son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, “1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.”
23. En tal sentido, a fin de declarar la nulidad de la resolución impugnada, debe determinarse si la Secretaría Técnica y el Cuerpo Colegiado han incumplido con una disposición reglamentaria y si, a partir de ello, se ha vulnerado los principios del procedimiento administrativo citados por Nextel.
24. Al respecto, el artículo 53° del Reglamento General de OSIPTEL establece:
- “OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:*
- a. *Las relacionadas con **el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.** En estos casos, antes de resolver la controversia en primera instancia, el órgano funcional deberá solicitar al INDECOPI, **un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos**”.* (El resaltado es nuestro).
25. El artículo 78° del Reglamento de Solución de Controversias señala que:
- “**En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al** Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - **INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante** sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económico.”* (El resaltado es nuestro).
26. De acuerdo con las normas citadas la Secretaría Técnica de primera instancia debe solicitar a INDECOPI un informe genérico y no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos, en todas aquellas controversias en las que deba analizar el incumplimiento de obligaciones relacionadas a la libre y leal competencia.
27. En tal sentido, a fin de determinar si en la presente controversia la Secretaría Técnica de primera instancia debió solicitar el referido informe debe determinarse si en ésta debía analizarse la comisión de infracciones a la libre y leal competencia.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

28. Como se desprende de su escrito de reconvención, Nextel denunció a Bellsouth por infracciones a las normas de interconexión y a las normas sobre represión de la competencia desleal, lo que determinaría según Nextel que en la presente controversia se requiera un análisis de competencia desleal y, por lo tanto, se requiera la solicitud del mencionado informe a INDECOPI.
29. La Secretaría Técnica de primera instancia, sin embargo, observó al iniciar el análisis de la conducta denunciada que ésta se encontraba regulada por la normativa específica de los servicios públicos de telecomunicaciones en tanto constituía el cumplimiento de la obligación de interconexión indirecta de Bellsouth, motivo por el cual no correspondía entrar a un análisis de competencia desleal, y en consecuencia, no se encontraba obligada a solicitar un informe a INDECOPI respecto de ésta materia.
30. Al respecto, el presente Tribunal considera que habiendo concluido la Secretaría Técnica que la conducta denunciada se encuentra regulada por la normativa específica de interconexión, no correspondía entrar a un análisis de competencia desleal, conforme al principio de supletoriedad de las normas de competencia establecido en el artículo 12° del Reglamento de OSIPTEL⁵ y recogido en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados por la Resolución N° 075-2002-CD/OSIPTEL (en adelante Lineamientos de Competencia Desleal)⁶.
31. Por consiguiente, al no corresponder un análisis de competencia desleal, no resulta aplicable la obligación de solicitar a INDECOPI un informe que únicamente proporcionaría los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando dicha entidad en materia de libre y leal competencia, para la generalidad de los mercados respecto de la infracción a la Ley de Represión de Competencia Desleal denunciada, es decir por *“(...) la comisión de actos contrarios a la buena fe comercial y a las normas de corrección que deben imperar en los mercados (...)”*⁷; y cuya única finalidad es la de procurar que ambos organismos competentes para resolver temas de libre competencia, sigan la misma línea interpretativa.⁸

⁵ Reglamento de OSIPTEL. Artículo 12°: *“Principio de Supletoriedad.- Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL”*

⁶ Resolución N° 075-2002-CD/OSIPTEL. Numeral 1: *“(...) La aplicación de normas de competencia al mercado de telecomunicaciones tiene carácter supletorio frente a la regulación especial. En consecuencia, siguiendo el principio de supletoriedad, OSIPTEL sólo aplicará las normas de competencia desleal si no existe norma especial del sector de telecomunicaciones que regule expresamente la materia controvertida. (...)”*

⁷ Escrito de reconvención de Nextel, página 16.

⁸ Debe tenerse presente que al haberse considerado que no correspondía efectuar un análisis de competencia desleal, la solicitud y consecuente remisión de un informe con las características antes mencionadas no habría afectado en nada el pronunciamiento contenido en el Informe Instructivo, puesto que este se sustenta en el análisis de la regulación en materia de interconexión, aspecto fuera de la competencia de INDECOPI y no comprendido como aspecto a tratar en su informe.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

32. Cabe precisar que el hecho que Nextel haya denunciado la conducta de Bellsouth como un acto de competencia desleal, no obliga a la Secretaría Técnica de primera instancia, ni a las instancias resolutorias de OSIPTEL a entrar a un análisis de ésta naturaleza. Esto debido a que si bien la Administración se encuentra obligada a pronunciarse sobre todas las solicitudes de los administrados, dicha obligación no implica que deba hacerlo en el sentido en el que las partes lo soliciten, sino que debe hacerlo conforme a la normativa vigente aún cuando las partes no la invoquen correctamente, debiendo encausar de oficio el procedimiento cuando advierta errores u omisiones de los administrados⁹.
33. En conclusión, el Tribunal de Solución de Controversias, considera que si bien Nextel denunció un incumplimiento a las normas sobre represión de la competencia desleal, al haber concluido la Secretaría Técnica (y posteriormente, el Cuerpo Colegiado) que la conducta denunciada se encontraba regulada por la normativa del sector, no correspondía entrar a un análisis de competencia desleal, por lo tanto, no correspondía solicitar el Informe a INDECOPI a que se refiere los artículos 53° del Reglamento de OSIPTEL y 78° del Reglamento de Controversias, y en consecuencia, no se habría incurrido en vicio de nulidad alguno al no haberse solicitado el referido informe, por lo que corresponde declarar infundada la nulidad planteada por Nextel.

2.2. Nulidad de la Resolución por no haberse seguido el trámite correspondiente a una controversia mixta.

34. En la resolución materia de apelación, el Cuerpo Colegiado declaró inoportuna y tardía la solicitud formulada por Nextel en su escrito de alegatos, con relación a la reconducción de la tramitación del presente procedimiento dado que, en su debido momento, el Cuerpo Colegiado había encausado la controversia como una que involucra la comisión de una infracción, quedando saneado el procedimiento de esa forma sin que Nextel haya cuestionado anteriormente esta decisión.
35. No obstante lo anterior, el Cuerpo Colegiado analizó la solicitud de Nextel llegando a la conclusión que las pretensiones de pago de dicha empresa dependen directamente de lo que se resuelva respecto de la pretensión principal que se sustenta en el incumplimiento de la regulación de interconexión y de la legislación

⁹ LPAG. Artículo 75°: "Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes: (...)

3. Encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos. (...)

LPAG. Artículo 145°: "Impulso de procedimiento. La autoridad competente, aún sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular la tramitación del procedimiento; **determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal**; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida".

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

sobre la libre y leal competencia, incumplimientos calificados como infracciones a la normativa vigente.

36. En su recurso de apelación, Nextel solicitó la nulidad de la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL por haberse emitido sin seguir el trámite previsto para las controversias mixtas en el artículo 39° Reglamento de Controversias, señalando que en la reconvención se plantearon pretensiones no relacionadas con la comisión de infracciones, y por lo tanto, correspondía seguir el trámite de controversias mixtas, constituyendo un vicio trascendente el no haber seguido este procedimiento al afectarse el debido procedimiento.
37. Con respecto a lo argumentado por Nextel, el artículo 38° del Reglamento de Controversias contempla dos tipos de procedimientos: (i) el procedimiento de solución de controversias que involucran la comisión de infracciones; y, (ii) el procedimiento de solución de controversias que no involucran la comisión de infracciones.
38. Además, en su artículo 39° prevé y regula aquellos casos en los cuales en una misma controversia se plantean pretensiones relacionadas y no relacionadas a la comisión de infracciones, disponiendo que cada materia debe seguir el trámite que de acuerdo a su naturaleza le corresponda, resolviéndose de manera conjunta en la resolución final. A este tipo de controversias se les denomina controversias mixtas.
39. Por lo tanto, la posibilidad de tramitar cada materia de manera separada de acuerdo con el tipo de procedimiento que por su naturaleza corresponda, únicamente puede ocurrir cuando las materias en cuestión son autónomas e independientes entre sí, y no respecto de materias accesorias cuya resolución depende de la principal.¹⁰
40. En tal sentido, a fin de determinar el procedimiento correspondiente en cada caso concreto, debe definirse las materias a resolver y la naturaleza de éstas.
41. Para tal efecto, el Cuerpo Colegiado debe analizar la denuncia o demanda y encausarla correctamente, no siendo determinante la manera en que las partes hubieran planteado sus pretensiones y la calificación que le hubieran dado a las mismas, en virtud del deber de encausar el procedimiento de oficio previsto en el numeral 3 del artículo 75° de la LPAG y en el artículo 40° del Reglamento de Controversias¹¹.

¹⁰ Esto además, concuerda con el principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y en consecuencia las materias accesorias deben de tramitarse en el procedimiento que corresponda a la materia principal.

¹¹ Reglamento de Controversias. Artículo 40°: “Corresponde al Cuerpo Colegiado encausar las controversias de acuerdo con el procedimiento que por la naturaleza de la materia controvertida le corresponda.”

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

42. Así, a fin de determinar si el Cuerpo Colegiado encausó correcta o incorrectamente la reconvención, debe analizarse la naturaleza de las materias en discusión planteadas por Nextel.
43. Al respecto, Nextel planteó las siguientes pretensiones en su reconvención:

“PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

- a. *Que se declare que BellSouth no puede utilizar su red móvil, que es la red que se encuentra interconectada con Nextel, como red portadora con fines de brindar el servicio de transporte conmutado local, por contravenir la legislación vigente;*

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.-

Como consecuencia de la pretensión principal.

- b. *Que se ordene a BellSouth el abstenerse de seguir cursando tráfico proveniente de terceras redes a través de la interconexión que mantiene con Nextel, en virtud del Contrato de Interconexión celebrado entre las partes con fecha 27 de agosto de 1999, por tratarse de una red móvil y no una red portadora;*
- c. *Que se ordene a BellSouth a pagar por la terminación de llamadas de terceros operadores que indebidamente, y a través de su red móvil, han sido cursadas y entregadas a Nextel desde agosto de 2001 hasta la fecha, para lo cual se utilizará el cargo que el regulador ha fijado en la Resolución No. 063-2000-CD/OSIPTEL (US\$0.2053 por minuto, tasado al segundo, sin incluir el IGV) mediante la cual se fijo (Sic) el cargo de terminación en redes móviles por llamadas provenientes de larga distancia en virtud de lo establecido en el lineamiento 48 del Decreto Supremo No. 020-98-MTC;*
- d. *Que se sancione a BellSouth por la comisión de infracciones a la leal competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, aprobado mediante Ley No. 27336, y con el artículo 24 de la Ley No. 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal;*
- e. *Que se sancione a BellSouth por el incumplimiento del contrato de interconexión de fecha 27 de agosto de 1999, con la máxima multa establecida según lo dispuesto por el artículo 44° del Reglamento de Interconexión;*

PRETENSIONES ACCESORIAS.-

- f. *Que se ordene a BellSouth a pagar los intereses devengados por las llamadas a que se refiere la pretensión principal a que se refiere el literal b) precedente, así como las costas y costos que se devenguen de la presente reconvención.” (Sic.) (El resaltado es nuestro)*¹²

44. De otro lado, en el punto 2 de su escrito de reconvención **“PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA”**, se desprende que Nextel denuncia a Bellsouth por estar aprovechando indebidamente el sistema *Sender Keeps All* al terminar en la red del Servicio Troncalizado de Nextel tráfico proveniente de otras redes, para lo cual estaría usando su red de telefonía móvil como una red portadora, infringiendo su Contrato de Interconexión, lo dispuesto en la normativa de interconexión, y la Ley N° 26122 – Ley sobre Represión de la Competencia

¹² Escrito de reconvención, página 13.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

Desleal (en adelante Ley de Competencia Desleal), siendo ésta la materia principal de la demanda.

45. Asimismo, de lo indicado en dicho escrito, se desprende que lo solicitado en sus pretensiones b) al f) depende directamente de lo que se resuelva respecto de las supuestas infracciones denunciadas por Nextel.
46. En efecto, únicamente cabría ordenar a Bellsouth abstenerse de seguir cursando tráfico proveniente de terceras redes a través de la interconexión que mantiene con Nextel, y pagar por la terminación de llamadas de terceros operadores que “indebidamente” han sido cursadas y entregadas a Nextel por el periodo demandado, así como por los intereses devengados, de determinarse que la conducta denunciada constituye infracción a la normativa del sector o a las normas sobre represión de la competencia desleal. Asimismo, únicamente en este caso, correspondería imponer las sanciones solicitadas por Nextel.
47. En tal sentido, la comisión de las infracciones denunciadas por Nextel constituye la materia principal y las pretensiones b) al f), constituyen materias accesorias a ésta, y por lo tanto, dichas pretensiones deben seguir el mismo procedimiento que la principal, esto es, el procedimiento que involucra la comisión de infracciones, no correspondiendo desdoblar el procedimiento y seguirse el trámite de las controversias mixtas como lo requiere Nextel.
48. Ello fue reconocido por Nextel al solicitar al Cuerpo Colegiado atender a sus pretensiones b) al f) “**Como consecuencia de la pretensión principal** (...)”¹³, fundamentar sus pretensiones únicamente en la comisión de las infracciones antes mencionadas; y sustentar la facultad del Cuerpo Colegiado de conocer la reconvención refiriéndose únicamente a las controversias que versan sobre la comisión de infracciones.
49. Es más, en su escrito de reconvención, Nextel solicitó al Cuerpo Colegiado tramitar la reconvención conforme al procedimiento que involucra la comisión de una infracción:

*“Es importante advertir que la presente reconvención resulta admisible toda vez que ésta no afecta ni la competencia, la misma que seguirá siendo del presente Cuerpo Colegiado Ordinario, ni la vía procedimental. En efecto, **la presente reconvención deberá ser tramitada de acuerdo al procedimiento sobre comisión de infracciones** a que se refiere el artículo 72º y siguientes del Reglamento de Controversias; procedimiento que es el mismo por el cual se tramita la demanda presentada por Bellsouth en nuestra contra, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º de la Resolución”¹⁴.*

50. Por lo tanto, el Tribunal de Solución de Controversias considera que el Cuerpo Colegiado al haber tramitado tanto la materia principal como las accesorias a ésta de acuerdo con el procedimiento aplicable a las controversias que involucran la comisión de infracción, ha actuado conforme a lo establecido por el

¹³ Escrito de contestación y reconvención presentado por Nextel, página 12.

¹⁴ Escrito de Reconvención presentado por Nextel, página 11.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

Reglamento de Controversias, y a principios que rigen el procedimiento administrativo – incluyendo el derecho al debido procedimiento -, y por lo tanto, no se ha incurrido en vicio de nulidad alguno¹⁵.

51. En consecuencia, el Tribunal de Solución de Controversias concluye que corresponde declarar infundada la nulidad deducida por Nextel por no haberse seguido el trámite correspondiente a una controversia mixta en primera instancia.

III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

52. Las cuestiones en discusión con respecto de la apelación de Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL en lo relativo a la demanda, consisten en determinar si:
- Bellsouth tiene derecho y Nextel la obligación de adecuar el Contrato de Interconexión a las condiciones económicas del contrato de interconexión suscrito entre Nextel y Telefónica Móviles.
 - El contrato se adecuó y en que fecha.
 - Nextel ha incurrido en infracción a la normativa vigente al haber negado la adecuación a Bellsouth, y por lo tanto, debe ser sujeto de sanción.
 - Nextel debe pagar a Bellsouth por concepto de cargos de acceso y si OSIPTEL debe establecer dicho monto.
 - Nextel debe pagar a Bellsouth por concepto de intereses moratorios.
53. Las cuestiones en discusión respecto de la apelación de la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL en lo relativo a la reconvencción, consisten en determinar si:
- La terminación de llamadas originadas en la red del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) de Tim en la red del Servicio Troncalizado de Nextel que venía efectuando Bellsouth constituye el cumplimiento de su obligación de interconexión, o si por el contrario constituye una infracción a la normativa sobre represión de competencia desleal.
 - De ser el caso si Bellsouth debe abstenerse de seguir cursando tráfico proveniente de terceras redes; si debe ordenarse a Bellsouth el pago por la terminación indebida de llamadas de terceros operadores en la red de

¹⁵ A través de esta decisión, el Cuerpo Colegiado ha cumplido con respetar: (i) el principio de legalidad ya que ha tramitado tanto la materia principal como las accesorias de acuerdo con el procedimiento aplicable conforme a lo establecido en el Reglamento de Controversias; (ii) el principio según el cual lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal, al tramitar las pretensiones accesorias de acuerdo con el procedimiento correspondiente a la materia principal; y (iii) la garantía que representa para el investigado la separación del órgano instructor y el órgano resolutorio, consagrado en 234° numeral 1 de la LPAG en la medida en que la comisión de la infracción fue investigada por la Secretaría Técnica de primera instancia y no de manera paralela por el Cuerpo Colegiado como hubiera ocurrido de seguirse el trámite de una controversia mixta. Asimismo, ha respetado el principio del debido proceso, habiendo tenido las partes la posibilidad de exponer sus argumentos mediante la presentación de escritos, y ofrecer medios probatorios durante toda la tramitación del procedimiento.

Nextel; y si debe sancionarse a Bellsouth por infracciones al Contrato de Interconexión y a las normas sobre represión de la competencia desleal.

IV. ANÁLISIS DE LA APELACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. Derecho de Bellsouth y Obligación de Nextel de adecuar el Contrato de Interconexión al sistema de cargos de acceso que Nextel otorga a Telefónica Móviles, conforme a lo acordado en la cláusula decimoquinta de dicho contrato.

54. En la resolución materia de apelación, el Cuerpo Colegiado concluyó que Bellsouth tiene derecho a adecuar el Contrato de Interconexión al sistema de cargos que Nextel otorga a Telefónica Móviles, al haberse cumplido los dos supuestos requeridos para efectos de acceder al derecho de adecuación: (i) que las relaciones de interconexión sean equivalentes; y (ii) que la condición invocada por Bellsouth sea una condición económica que Nextel otorga a otra empresa que se encuentra en una relación de interconexión equivalente.
55. Sobre el particular, Nextel sostuvo en su apelación que el Cuerpo Colegiado habría aplicado irregularmente la normativa sobre adecuación contractual, en virtud de los siguientes fundamentos:
- Para que opere una adecuación contractual conforme al artículo 25° de la Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL, Reglamento de Interconexión (en adelante Reglamento de Interconexión) deben ocurrir tres supuestos: (i) que la relación de interconexión materia de adecuación contractual sea una relación de interconexión equivalente a la cual se pretenda emular; (ii) que lo que se pretenda adecuar sea una condición económica; y, (iii) que la condición económica a la cual se pretende adecuar el contrato sea más favorable.
 - Con respecto al cumplimiento de dichos supuestos en el presente caso, Nextel señala que el primer supuesto se habría cumplido, reconociendo por lo tanto, la equivalencia entre las relaciones de interconexión a comparar; sin embargo, ni el segundo ni el tercer supuesto se cumplirían dado que (i) al pactarse el *Sender Keeps All* en el Contrato de Interconexión, se acordó no establecer condición económica alguna en lo que respecta a la forma de retribución de las redes de dicha empresa y Bellsouth; y, (ii) aún cuando el *Sender Keeps All* fuera una condición económica, no resulta jurídicamente imposible determinar si la condición invocada es más favorable que el *Sender Keeps All*, por cuanto no habría forma de comparar dos sistemas diferentes, y en consecuencia, el resultado no sólo no sería evidente, sino que además sería arbitrario.
 - Al no cumplirse con los tres supuestos establecidos en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión, no resulta aplicable la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión que establece el mecanismo de adecuación del mismo.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

- En consecuencia, obligar a las partes a modificar sus acuerdos de interconexión reemplazando el *Sender Keeps All* por el sistema de cargos de terminación implicaría la violación de la libertad contractual protegida por el artículo 62° de la Constitución Política del Perú.
56. Al respecto, el Tribunal considera pertinente señalar que de acuerdo con el Principio de Igualdad de Acceso, consagrado en los artículos 108° del Decreto Supremo N° 006-94-TCC, Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones)¹⁶ y 10° del Reglamento de Interconexión¹⁷, las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, se encuentran **obligadas a otorgar las mismas condiciones a todas las empresas de la misma naturaleza que se lo soliciten.**¹⁸
57. En tal sentido, basta que una operadora otorgue una determinada condición económica, técnica o jurídica a una empresa para que en virtud al Principio de Igualdad de Acceso se encuentre obligada a otorgársela a todas las demás empresas de la misma naturaleza que se lo soliciten.
58. En el presente caso, Nextel otorgó a Telefónica Móviles un sistema de cargos de acceso como mecanismo de compensación por la terminación de llamadas en la relación de interconexión de sus redes de Servicio Troncalizado y Telefonía Móvil respectivamente, por lo que, en virtud del Principio de Igualdad de Acceso, Nextel se encuentra obligada a otorgar esa misma condición a todas las empresas operadoras que se lo soliciten y que se encuentren en una relación de la misma naturaleza.
59. Como resulta evidente y Nextel lo reconoce, la relación de interconexión entre la red de Telefonía Móvil de Bellsouth y la red de Servicio Troncalizado de Nextel, resulta de la misma naturaleza que la relación de interconexión entre la red del servicio de Telefonía Móvil de Telefónica Móviles y la red del Servicio Troncalizado de Nextel, motivo por el cual se cumple el supuesto establecido por el Principio de Igualdad de Acceso, y por lo tanto, **Nextel se encuentra obligada**

¹⁶ Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. Artículo 108°: "(...).La interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones debe realizarse de acuerdo con el principio de igualdad de acceso, en virtud del cual los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectarse, acordando aspectos técnicos, económicos, tarifarios, de mercado de servicios y otros, en condiciones de igualdad para todo operador de servicios de la misma naturaleza que lo solicite."

¹⁷Reglamento de Interconexión. Artículo 10° (actualmente, artículo 10° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado por Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL (en adelante TUO de las Normas de Interconexión)): " En virtud del principio de igualdad de acceso, los concesionarios u operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores de otros servicios que lo soliciten."

¹⁸ En el informe emitido por el Dr. Marcial Rubio, presentado por Nextel como fundamento de sus pretensiones (en adelante, Informe I de Nextel), se considera que dicha obligación se deriva del artículo 25° del Reglamento de Interconexión (hoy recogido por el artículo 28° del TUO de las Normas de Interconexión), desconociendo el Principio de Igualdad de Acceso y el objetivo del artículo 25° del Reglamento de Interconexión.

a otorgar a Bellsouth la misma condición que otorga a Telefónica Móviles en virtud del citado principio.

60. Habiéndose determinado la obligación de Nextel de otorgar a Bellsouth la misma condición otorgada a Telefónica Móviles, corresponde determinar el mecanismo a través del cual Bellsouth puede ejercer su derecho a acceder a dicha condición.
61. Al respecto, la modificación de las relaciones de interconexión se rige por el procedimiento y los plazos previstos por el Reglamento de Interconexión, recogidos actualmente por el TUO de las Normas de Interconexión. De acuerdo a esta normativa, la empresa interesada en modificar una relación de interconexión debe iniciar una negociación con su contraparte y de no llegar a un acuerdo válido aprobado por OSIPTEL, puede solicitar la emisión de un mandato por parte de esta institución en el que se le otorgue la condición a la que tiene derecho en virtud del mencionado principio.
62. Dicho procedimiento, sin embargo, tiene una excepción dispuesta por el artículo 25° del Reglamento de Interconexión¹⁹, el cual establece la obligación de las partes de pactar un mecanismo que garantice el cumplimiento del Principio de Igualdad de Acceso cuando las condiciones involucradas son económicas. Es decir, que permita la adecuación automática de los contratos de interconexión a las condiciones económicas más favorables que una de las partes en una relación de interconexión le otorgue a una tercera empresa.
63. En tal sentido, de acuerdo con la normativa vigente, las empresas titulares del derecho de adecuación seguirán el procedimiento regular de modificación de relaciones de interconexión a efectos del ejercicio del derecho emanado del Principio de Igualdad de Acceso, respecto de las condiciones técnicas y jurídicas; y, el procedimiento pactado en sus respectivos contratos de interconexión en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión²⁰ tratándose de condiciones económicas.
64. En cumplimiento de lo dispuesto por el referido artículo las partes pactaron en la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión lo siguiente:
- “(…) En consecuencia, y de acuerdo a lo establecido por el artículo 25° del Reglamento de Interconexión, las condiciones económicas del presente contrato se adecuarán cuando una de las partes celebre con un tercer operador un contrato de interconexión equivalente que contemple condiciones económicas más favorables que los acordados en el presente documento. La parte que pretenda la adecuación de las condiciones económicas de este contrato deberá solicitar y conceder a la otra parte un plazo razonable no mayor de 60 días para la correspondiente adaptación.”*
65. Por lo tanto, Bellsouth tendrá derecho a adecuar su Contrato de Interconexión para acceder al sistema de cargos de acceso que Nextel tiene pactado con

¹⁹ Actualmente recogido en el artículo 28° del TUO de las Normas de Interconexión.

²⁰ Actualmente recogido en artículo 28° del TUO de las Normas de Interconexión.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

Telefónica Móviles, de acuerdo con el procedimiento acordado con la cláusula decimoquinta de dicho contrato, si las condiciones involucradas son de naturaleza económica.

66. Con relación al sistema de cargos de acceso, al cual Bellsouth pretende acceder, no existe discusión sobre su calidad de condición de económica. Sin embargo, Nextel ha cuestionado la calidad de condición económica del sistema *Sender Keeps All* dado que, en su opinión, al no existir cargo de terminación alguno fijado a través de dicho sistema, este acuerdo no podría constituir una condición económica.
67. Al respecto, de acuerdo con el artículo 13° del Reglamento de Interconexión²¹: *“Los operadores de redes o servicios interconectados, **se pagarán entre sí cargos de acceso**, en relación a las instalaciones, que acuerden brindarse para la interconexión. Tales cargos serán aprobados por OSIPTEL y serán iguales a la suma de: (i) los costos de interconexión, (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local y (iii) un margen de utilidad razonable.”* (El resaltado es nuestro).
68. El artículo 24° del Reglamento de Interconexión²² establece que, si las partes no llegasen a un acuerdo respecto de los cargos de acceso, serán establecidos por OSIPTEL a través de un mandato.
69. Por su parte, el artículo 21° del Reglamento de Interconexión²³ establece las modalidades de cargos de acceso, regulando la posibilidad de las partes de acordar mecanismos diferentes, cuando éstos les resulten más eficientes.
70. Por lo tanto, de acuerdo con la normativa vigente, las empresas operadoras están obligadas a pactar cargos de acceso o, en su caso, mecanismos alternativos de compensación por los servicios que prestan en su relación de interconexión, es decir, **condiciones económicas**.
71. Uno de los mecanismos de compensación alternativos es el *Sender Keeps All*²⁴, sistema en el cual las partes acuerdan no pagarse cargos de interconexión, y por

²¹ Actualmente recogido en el artículo 13° del TUO de las Normas de Interconexión.

²² Actualmente recogido en el artículo 27° del TUO de las Normas de Interconexión.

²³ Actualmente recogido en el artículo 23° del TUO de las Normas de Interconexión.

²⁴ Al respecto, la Comisión de la Comunidad Europea, mediante Decisión del 08 de julio del año 1998 por la que aprueba la fusión de las empresas World Com, Inc. y MCI Communications Corporation, señala como uno de los sistemas por los cuales se puede asumir la asunción de los costes y riesgos de la interconexión al *Bill and Keep* (o *Sender Keeps All*). *“Broadly speaking there are four different ways in which ISPs might agree to allocate the costs and risks of interconnection. (...) In practice the vast majority of interconnections in use today use one of two models, either they are peering arrangements in which there are no settlements but there are restrictions on the type of traffic which can be exchanged, or they are transit arrangements, in which there are no restrictions on the type of traffic which can be exchanged, but payments are made. (...) Such peering arrangements are usually on a “bill and keep” basis, that is to say that there are no settlement payments levied by one side on the other for traffic which passes across the interface (...)”*. Resolución publicada en www.europa.eu.int.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

lo tanto, quedarse cada quien con el íntegro de la tarifa que pague el usuario. Es decir, acuerdan no cobrarse recíprocamente los cargos de acceso a los que conforme a la normativa vigente tienen derecho, a cambio de que la otra parte renuncie al mismo derecho.

72. Dicho sistema suele pactarse cuando existe un intercambio relativamente simétrico de tráficos entre las empresas interconectadas, y por lo tanto, se estima que será más favorable económicamente renunciar a la diferencia que luego de la compensación de cargos les correspondería, que asumir los costos de transacción relacionados al sistema de cargos, como el de entrar al proceso de conciliación, liquidación etc²⁶.
73. En tal sentido, si bien el *Sender Keeps All* no contiene una obligación de pago por parte de las empresas involucradas por la terminación de llamadas en la red de la otra, si constituye una condición económica en cuanto las partes renuncian al cobro de los cargos de acceso que de acuerdo con la normativa vigente tienen derecho, sustentándose dicha renuncia en una suerte de compensación implícita de los tráficos que dichas redes se cursen.²⁷

En ese mismo sentido, en un estudio sobre el régimen de compensación de empresas interconectadas el Federal Communications Commission de los Estados Unidos reconoció al *Sender Keeps All* o *Bill and Keep* como un mecanismo de pago entre las empresas partes de una relación de interconexión, al señalar: “(...) *Bill-and-keep provides a mechanism whereby end users pay for the benefit of making and receiving calls. Therefore, we seek comment on whether both the calling and the called party benefit from a call, and on the implications that cost causality has for choice of an intercarrier payment regime.*” (el resaltado es nuestro). Este documento se encuentra publicado en www.fcc.gov.

Asimismo, mediante Resolución N° 056-01, el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL) incluyó dentro de la categoría de condiciones económicas de la interconexión al *Sender Keeps All*, incluso fijándolo como precio del servicio de internet, como se cita a continuación:

“ III. EN CUANTO A LAS CONDICIONES ECONÓMICAS DE LA INTERCONEXIÓN.

a) Los cargos de acceso incluidos por las partes en su contrato de **interconexión** deberán ser los mismos establecidos en el mercado. Actualmente, los contratos de **interconexión** vigentes de las concesionarias con menos de setenta y cinco mil (75,000) líneas celulares en servicio, establecen los siguientes precios de **interconexión** por tipo de servicio: (...)

Internet *Sender Keeps All* (...)”

Esta resolución se encuentra publicada en www.indotel.org.do/Site/Marco Legal/consejo/Resoluciones 2001.

En este mismo sentido se pronuncian los doctores Alfredo Bullard y Alejandro Falla en el informe presentado por Bellsouth (en adelante Informe de Bellsouth), en el que se señala que el *Sender Keeps All* constituye una modalidad de condición económica que las partes pueden pactar en base a la libertad que le da el artículo 23° del TUO de Normas de Interconexión. Se afirma además que el *Sender Keeps All* implica un acuerdo para compensarse mutuamente los costos involucrados en el intercambio del tráfico y los operadores son conscientes que recuperarán sus costos directamente de sus propios usuarios. En base a esto, se afirma en el mencionado informe que cuando se acuerda el *Sender Keeps All* existe un precio pactado que es igual al de los costos en que incurre cada una de las partes por lo que si constituye una condición económica.

²⁶ En la revista *Mobile Interconnection: Strategies for achieving World Best Practice* del año 1997, página 14, se señala : “As mentioned previously the bill and keep arrangements are acceptable where there is an even flow of traffic between the different mobile network. (...)”

²⁷ En este mismo sentido se concluye en el Informe de Bellsouth, en el cual se contradice lo señalado en el Informe de los doctores Jorge Danós y Willy Pedreschi presentado por Nextel (en adelante

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

74. Cabe señalar que siendo obligatorio para las empresas de telecomunicaciones acordar las condiciones económicas mediante las cuales se retribuirán los servicios prestados para la interconexión (como la terminación de llamadas), si el *Sender Keeps All* no fuera una condición económica como lo señala Nextel, OSIPTEL no habría podido aprobar el Contrato de Interconexión, y en consecuencia, tanto dicho contrato como la Resolución N° 068-99-GG/OSIPTEL²⁸, mediante la cual se aprobó, serían contrarios a la normativa vigente²⁹.
75. Lo antes expuesto se ve confirmado por lo señalado por la Gerencia General de OSIPTEL en la Resolución N° 033-99-GG/OSIPTEL del 28 de mayo del año 1999³⁰, en la que se formularon observaciones a incorporarse por las partes al

Informe II de Nextel) respecto a que el *Sender Keeps All* no es una condición económica debido a que no contempla una compensación.

Es así que en el Informe de Bellsouth se sostiene que si bien en el *Sender Keeps All* se suprime la existencia de pagos dinerarios explícitos, ello no implica la inexistencia de un precio o cargo de interconexión puesto que si existen contraprestaciones en dicho sistema consistentes en el intercambio de servicios (la posibilidad de terminar llamadas en su red originadas en una red distinta, a cambio de tener la posibilidad de terminar llamadas en su red). Se añade que el precio o cargo de interconexión fijado en el *Sender Keeps All* no tiene un valor igual a cero; por el contrario, el precio acordado implícitamente por las partes “refleja los costos de provisión de dichos servicios o facilidades por parte de los operadores involucrados en la relación” y el hecho que no implique un desembolso dinerario no le quita la naturaleza económica a dicha condición.

Asimismo, es pertinente tener en cuenta la cita realizada en el referido informe de las opiniones vertidas por profesionales expertos en un debate sobre la metodología para la determinación de los precios de interconexión por parte de la Cámara de Comercio de Nueva Zelanda. En dicho debate se señaló lo siguiente “*Under a bill and keep arrangement the net payment between carriers for the origination and termination of interconnected calls is, but this does not imply that carriers view the cost of interconnection as being zero. The price could only be zero if no consideration was received for the interconnection service provided, but in fact what bill and keep does is ensure that each interconnection service provider receives as consideration the interconnection services provided by other networks. Bill and Keep is therefore similar to a barter transaction, and nobody would argue that barter implies zero price*”. QUIGLEY, Neil y VOGELSANG, Ingo. “Interconnection Pricing: Bill and Keep Compared to TSLRIC”. Pág. 6.

²⁸ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de setiembre del año 1999.

²⁹ En los informes I y II de Nextel se concluye que el *Sender Keeps All* no es una condición económica, lo cual es contrario a lo previsto por la normativa vigente en materia de interconexión, según la cual las empresas operadoras se encuentran obligadas a pactar condiciones económicas a efecto de retribuir los servicios que se prestan para efectos de la interconexión, (salvo, que las partes se interconecten indirectamente asumiendo las condiciones económicas pactadas por la empresa intermedia). Por lo tanto, si el *Sender Keeps All* no fuera una condición económica, OSIPTEL no habría podido aprobar el Contrato de Interconexión (Artículos 13°, 18° y 21 del Reglamento de Interconexión).

³⁰ Documento incluido dentro del Expediente mediante Oficio de la Secretaría Técnica N° 241-STTSC/2003.

Debe señalarse que contrariamente a lo argumentado por Nextel en su escrito de fecha 09 de octubre del año 2003, la Secretaría Técnica como órgano de apoyo del Tribunal de Solución de Controversias y órgano de enlace entre éste y la estructura orgánica de OSIPTEL, a fin de garantizar el cumplimiento del principio de verdad material establecido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, debe poner en conocimiento del Tribunal incorporando en el expediente todos los medios probatorios encontrados que permitan verificar la verdad de lo argumentado por los administrados, aún

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

Contrato de Interconexión suscrito por Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante Telefónica) y Nextel el 23 de febrero del año 1999, en la cual se reconoce expresamente al *Sender Keeps All* como una condición económica³¹, tal como se desprende de la siguiente cita:

“Ciertamente es de advertir que el mencionado “acuerdo comercial” contiene elementos de un acuerdo de interconexión, en atención a que (i) la posibilidad de comunicación entre estos tipos de usuarios de ambas empresas no se encontraba contemplada en el contrato de interconexión inicialmente suscrito entre las partes, (ii) su contenido y configuración encuadra perfectamente en lo señalado en el artículo 3° del Reglamento de Interconexión (...) en tanto acuerdo de interconexión y (iii) se pacta una modalidad de económica específica que determina la forma de retribución a las empresas por las comunicaciones cursadas por sus respectivos usuarios (sender keeps all)”. (El resaltado es nuestro).

76. En concordancia con lo señalado en la citada resolución de Gerencia General, Nextel y Bellsouth pactaron en su Contrato de Interconexión el *Sender Keeps All* como una condición económica de dicha relación, siendo aprobada como tal por OSIPTEL, tal como se desprende de la cláusula novena y del Anexo II del Contrato de Interconexión, que citamos a continuación:

“NOVENO: LIQUIDACIÓN, CONCILIACIÓN, FACTURACIÓN Y PAGOS.

Las partes acuerdan que el sistema de liquidación a aplicarse a efectos de la interconexión materia del presente contrato será la de “Sender Keeps All”, según lo señalado en el Anexo II del presente contrato.”

cuando no hayan sido ofrecidos por éstos. Presentado los medios probatorios por la Secretaría Técnica corresponde al Tribunal evaluarlos y actuarlos de oficio según lo considere pertinente.

³¹ Nextel ha señalado que la Resolución N° 033-99-GG/OSIPTEL no resulta oportuna dado que existen muchos aspectos de la misma ya no resultan aplicables al haber modificado su posición en el tiempo. Al respecto, debemos señalar que OSIPTEL no ha variado su posición con relación al reconocimiento del *Sender Keeps All* como condición económica.

Por otro lado, Nextel cuestiona lo señalado en la Resolución N° 033-99-GG/OSIPTEL respecto a que el *Sender Keeps All* equivaldría a un cargo con valor cero, e indica que dicho criterio fue dejado de lado por OSIPTEL al no establecer en la ficha del contrato de interconexión el cargo de terminación cero. Asimismo, sostiene que debe tomarse en consideración lo señalado por reportes de la *Federal Communications Comisión (FCC)* presentados por Nextel en los que se sostiene que el *Sender Keeps All* no es equivalente a un cargo cero.

Al respecto, la Resolución N° 033-99-GG/OSIPTEL mas allá de indicar que el *Sender Keeps All* equivale a un cargo de terminación cero, señala que dicho sistema **es una condición económica**, lo cual guarda concordancia con la obligación impuesta por la normativa vigente a las empresas a interconectarse de acordar condiciones económicas, al extremo que de no pactarlas el regulador las debe establecer a través de un mandato de interconexión, tal como lo disponía expresamente el artículo 24° del Reglamento de Interconexión y actualmente el artículo 27° del TUO de las Normas de Interconexión.

De otro lado, tal como se indica en la presente resolución, el *Sender Keeps All* es una condición económica no por ser equivalente a cargos de acceso con valor a cero, sino en cuanto implica una renuncia al cobro de los cargos de acceso a los cuales de acuerdo con la normativa vigente tienen derecho las empresas, sustentándose dicha renuncia en una suerte de compensación implícita de los tráficos que las redes involucradas se cursen.

“ANEXO II

CONDICIONES ECONÓMICAS

1. Las llamadas originadas en la red de una de las partes y terminadas en la red de la otra **serán tratadas bajo el Sistema de “Sender Keeps all”** mediante el cual cada operador percibirá y mantendrá el íntegro de la tarifa cobrada a sus propios usuarios.” (El resaltado es nuestro).
77. Es más, en su carta GL-715/02 de fecha 8 de agosto de 2002³³, la propia Nextel reconoce los efectos económicos de dicho sistema; y, en consecuencia, su calidad de condición económica de la interconexión, al admitir que le resulta más favorable mantener el *Sender Keeps All* que el sistema de pago de cargos de interconexión debido a una asimetría entre el tráfico entrante y el saliente a otras redes móviles, como sería la de Bellsouth.
78. Finalmente, en el Informe I de Nextel se sostiene que el *Sender Keeps All* no es una condición económica, pero a la vez se define dicho sistema como el **aspecto económico** de la relación de interconexión entre las partes, contradicción que revela la innegable naturaleza de condición económica de dicho sistema. En efecto, en el referido informe se señala expresamente que **“En lo que respecta a los aspectos económicos de la relación que establecen, ellas declaran acogerse al sistema sender keeps all”**. (El resaltado es nuestro)³⁴.
79. En virtud de los fundamentos antes expuestos, el Tribunal de Solución de Controversias concluye que el sistema *Sender Keeps All* constituye una condición económica de la relación de interconexión, y por lo tanto, se encuentra sujeta a lo acordado por las empresas en la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión.
80. Nextel ha afirmado que aún cuando el *Sender Keeps All* fuera una condición económica, no resultaría aplicable la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión debido a que no es posible comparar dicho sistema con el sistema

³³ En dicha carta Nextel señala expresamente lo siguiente: “Sin embargo, **el análisis financiero** realizado por Nextel **ha tenido como resultado que el cargo propuesto por BellSouth** ascendente a US\$0.25, tasado al segundo, **no nos resulta viable** por los siguientes argumentos: a. Como es de su conocimiento, y a pesar de que la red de Nextel es más pequeña que las otras redes móviles, **el tráfico saliente de su red con destino a las otras redes móviles es mayor que el tráfico entrante de dichas redes**. Ello, tal como se lo explicamos, obedece al hecho que los clientes de Nextel pertenecen en su mayoría al sector corporativo. En tal sentido, establecer un cargo terminación en redes móviles como el que ustedes proponen **obligaría a Nextel a elevar sus tarifas**, lo cual es incompatible con nuestra política.

(...)3. En tal sentido, Nextel es de la posición de mantener el sistema “Sender Keeps All”(“...”) (el resaltado es nuestro).

³⁴ Informe I de Nextel, página 4.

En este mismo sentido, en el Informe II de Nextel se concluye que la adopción del *Sender Keeps All* no contempla una compensación por lo que no es posible de ser considerado dentro de la categoría de condiciones económicas.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

de cargos y, por lo tanto, no puede determinarse qué condición es más favorable conforme a lo establecido en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión³⁵.

81. Por lo tanto, en su recurso de apelación, Nextel ha argumentado que la obligación de adecuación se deriva del artículo 25° del Reglamento de Interconexión³⁶, sin tener en consideración el Principio de Igualdad de Acceso, pese a que éste era el sustento de la resolución de primera instancia.
82. El Principio de Igualdad de Acceso, como se ha mencionado anteriormente, impone la obligación a las empresas operadoras **de otorgar las mismas condiciones a todas las empresas que, encontrándose en una situación de la misma naturaleza, lo soliciten**, no pudiendo condicionar esta obligación a la calidad de más favorable.
83. En consecuencia, basta que una operadora otorgue una determinada condición económica, técnica o jurídica a una empresa, para que en virtud al Principio de Igualdad de Acceso se encuentre obligada a otorgársela a todas las empresas de la misma naturaleza que se lo soliciten.
84. El artículo 25° del Reglamento de Interconexión³⁷, en el que Nextel fundamenta su posición, únicamente regula el ejercicio del derecho que se origina del Principio de Igualdad de Acceso, respecto de las condiciones económicas.³⁸
85. Es así que, tal como se ha mencionado anteriormente, dicho artículo sólo establece la obligación de las empresas operadoras de incluir en sus contratos de interconexión una cláusula que garantice el cumplimiento del Principio de Igualdad de Acceso respecto de las condiciones económicas de la relación de interconexión, permitiendo la adecuación automática de las mismas.³⁹
86. La mención que se hace en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión⁴⁰ a las condiciones económicas más favorables, no puede implicar una restricción al Principio de Igualdad de Acceso, consagrado no sólo en el Reglamento de Interconexión, sino también en una norma de mayor jerarquía como lo es el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. La referencia a "*condición económica más favorable*" obedece a la presunción que las empresas dirigen sus acciones en función de sus intereses y que, por consiguiente, únicamente

³⁵ Actualmente recogido en el artículo 28° del TUO de las Normas de Interconexión.

³⁶ Actualmente recogido en el artículo 28° del TUO de las Normas de Interconexión.

³⁷ Actualmente recogido en el artículo 28° del TUO de las Normas de Interconexión.

³⁸ El artículo 25° se fundamenta en los principios que rigen la interconexión, entre los cuales se encuentra el Principio de Igualdad de Acceso. Debe tenerse presente que dicho principio se encuentra recogido en el Reglamento de Controversias, y en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

³⁹ En otras palabras, establece la obligación de las empresas de acordar una vía diferente, más expeditiva, que la vía regular para el ejercicio del derecho originado en el principio de igualdad, la cual consiste en seguir el procedimiento regular para la modificación de los contratos o mandatos. Es decir, solicitar la adecuación, negociar y en caso de que la empresa niegue la adecuación acudir a OSIPTEL para la emisión de un mandato de interconexión.

⁴⁰ Actualmente recogido en el artículo 28° del TUO de las Normas de Interconexión.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

solicitarán la adecuación de las condiciones de su relación de interconexión cuando ésta les beneficie⁴¹.

87. Sin perjuicio de lo antes expuesto, tal como se establece en la resolución impugnada, sí se ha acreditado que es posible una comparación económica entre el sistema de cargos de interconexión – condición invocada por Bellsouth – y el *Sender Keeps All*, y que el primero le es más favorable que el segundo⁴².
88. Prueba clara de ello es que, la propia Nextel no obstante afirmar que los sistemas en cuestión no son comparables, los ha comparado y ha determinado que debido a una asimetría en su tráfico de entrada y de salida hacia otras redes de servicios móviles, como la red de Bellsouth, el *Sender Keeps All* le resulta más favorable económicamente que el sistema de cargos de acceso propuesto por dicha empresa, tal como se desprende de la ya antes citada carta GL-715/02 de fecha 8 de agosto de 2002, que remitió Nextel a Bellsouth.
89. De acuerdo a lo señalado anteriormente, respecto del sistema *Sender Keeps All*⁴³, si la asimetría de tráfico beneficia a Nextel es claro que perjudica a Bellsouth, y en consecuencia, a dicha empresa le resulta más favorable un sistema de pago de cargo, tal como lo afirma Bellsouth en su escrito de contestación de la apelación de Nextel.
90. Por lo tanto, es de aplicación al presente caso el mecanismo de adecuación establecido por las partes en la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión, en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión⁴⁴.
91. Al ser de aplicación la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión, la modificación del *Sender Keeps All* por el sistema de cargos se encontraría arreglada al acuerdo de voluntades de las partes plasmado en dicho contrato y se ajustaría a la normativa en materia de interconexión, por lo que dicha

⁴¹ Una interpretación como la de Nextel, según la cual la parte obligada puede cuestionar la calidad de más favorable de la condición invocada, no solo implica una limitación al Principio de Igualdad de Acceso - consagrado en una norma de rango superior como se ha mencionado - sino también implica desnaturalizar lo dispuesto por el artículo 25° del Reglamento de Interconexión (hoy recogido por el artículo 28° del TUO de las normas de Interconexión) por cuanto perjudicaría la automaticidad de la adecuación de las relaciones de interconexión perseguida por éste ya que las empresas tendrían que seguir el procedimiento regular de modificación de relaciones de interconexión, y dicho artículo no tendría ningún efecto práctico.

⁴² Al respecto, en el Informe de Bellsouth se señala que no hay nada en la naturaleza del *Sender Keeps All* que impida su comparación con cargos de acceso y/o condiciones económicas pactadas en otros acuerdos de interconexión por lo que nada impide a que un operador vinculado a dicho régimen pueda requerir la adaptación de su contrato a un régimen que éste considere como más beneficioso.

⁴³ El *Sender Keeps All* beneficia a ambas partes en supuestos de intercambio de tráficos simétricos. En cambio, en supuestos de tráficos asimétrico beneficiará a una de las partes en perjuicio de la otra.

⁴⁴ Actualmente recogido en el artículo 28° del TUO de las Normas de Interconexión.

modificación no implicaría violación alguna a la Constitución, ni a las leyes vigentes⁴⁵.

92. En virtud a lo anterior, el Tribunal de Solución de Controversias concluye que Nextel está obligada a otorgar a Bellsouth el sistema de cargos de interconexión que otorga a Telefónica Móviles, y que, por lo tanto, es de aplicación al caso controvertido el mecanismo de modificación contractual establecido por las partes en la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión, en cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 25° del Reglamento de Interconexión⁴⁶.

4.2. Fecha de adecuación del Contrato de Interconexión.

93. El Cuerpo Colegiado concluyó en la resolución impugnada que de acuerdo con el Contrato de Interconexión, basta la solicitud de la empresa interesada para que éste se adecue a la condición invocada automáticamente luego de transcurrido el plazo de sesenta (60) días acordado, y que en el caso materia de controversia esta solicitud se habría cursado con fecha 12 de agosto del año 2002, por lo que la adecuación del Contrato de Interconexión se habría producido automáticamente vencido dicho plazo, es decir el 12 de octubre del año 2002.
94. Ninguna de las partes cuestionó lo señalado por el Cuerpo Colegiado respecto a que, de acuerdo con lo pactado en el Contrato de Interconexión, basta la solicitud

⁴⁵ El Informe I de Nextel se fundamenta en la supuesta inconstitucionalidad de la resolución impugnada en el principio de libertad contractual sin tomar en consideración que las partes, en cumplimiento de la normativa vigente pactaron la modificación automática de su relación de interconexión, ante la verificación de determinados supuestos que el presente caso se han cumplido. Asimismo, el referido informe hace prevalecer el principio de libertad contractual sobre principios específicos y esenciales que rigen la interconexión – como lo es el Principio de Igualdad de Acceso -, y sin tomar en consideración que, debido al carácter de orden público de esta institución, el principio de libertad contractual no se verifica a plenitud en el ámbito de la interconexión, puesto que de acuerdo con la normativa vigente los acuerdos de interconexión están sujetos a la evaluación por parte de OSIPTEL, estando facultado dicho organismo a observarlos, e incluso a modificarlos.

Cabe señalar que OSIPTEL se ha pronunciado anteriormente respecto a la aplicación del principio de libertad contractual en el numeral I.1.3. de la Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento de Interconexión, aprobado por la Resolución N° 066-97-PD/OSIPTEL al señalar expresamente lo siguiente: **“El llamado contrato de interconexión dista de reunir los elementos que se requieren para reconocer el concepto de libertad de contratar y la libertad contractual. Ello puede tener su explicación en el hecho de que los ordenamientos positivos modernos han dejado de ser meros espectadores de la contratación, que sólo cuidan de evitar la violación del orden público y de las buenas costumbres, para asumir un rol más activo, llegando bien sea mediante normas expresas o bien mediante principios generales que autorizan la intervención del juez, a ingresar en el antes coto vedado del contrato a fin de conducir la contratación hacia metas que el codificador considera más adecuadas para el interés de la comunidad.**

La libertad de contratar no se verifica a plenitud en el ámbito de la interconexión, en la medida en que ésta es obligatoria y, en principio, libremente pactada entre las partes. Y con la libertad contractual ocurre algo semejante, porque en el ámbito de la interconexión es perfectamente posible que las partes se pongan de acuerdo en ciertos términos que, finalmente, podrían ser observados, modificados o revocados por el Organismo Supervisor.” (El resaltado es nuestro).

⁴⁶ Actualmente recogido en el artículo 28° del TUO de las Normas de Interconexión)

de la empresa interesada para que éste se adecue a la condición invocada automáticamente luego de transcurrido el plazo de sesenta (60) días acordado. Sin embargo, ambas partes cuestionaron la fecha señalada por el Cuerpo Colegiado en que se habría producido la adecuación.

95. Bellsouth sostuvo que la solicitud de adecuación se habría realizado mediante la comunicación del 4 de enero del año 2002 y no del 12 de agosto del mismo año. Según esta empresa, si bien en la carta del 4 de enero no se utilizó el término “adecuación”, sino “modificación”, al existir un contrato de interconexión equivalente al que solicitaban modificar, era evidente cual era la relación de interconexión respecto de la cual se solicitaba la adecuación.⁴⁷
96. Nextel por su parte, sostiene que de prosperar la interpretación del Cuerpo Colegiado sobre el fondo de la cuestión, la adecuación debería operar a partir de la fecha de emisión de la resolución impugnada y no desde el 12 de octubre del año 2002, como señaló el Cuerpo Colegiado, en virtud de los argumentos que se detallan en el punto 4.2.2.

4.2.1. Cumplimiento del plazo establecido en la Cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión para la adecuación del contrato.

97. Con relación a lo argumentado por las partes, corresponde analizar si Bellsouth solicitó la adecuación y en que fecha fue cursada dicha solicitud con la finalidad de determinar si el Contrato de Interconexión se adecuó a las condiciones económicas que Nextel otorga a Telefónica Móviles y cuándo ocurrió esto.
98. El Tribunal de Solución de Controversias considera, concordando con la primera instancia, que debe tomarse en cuenta lo siguiente:
- El derecho de adecuación está referido a una condición determinada y específica que una de las partes de la relación de interconexión otorga a una tercera empresa.
 - El efecto de la solicitud de adecuación consiste en modificar una relación de interconexión de manera automática, por lo que la intención de acogerse al derecho de adecuación, y en consecuencia modificar determinadas condiciones de la relación de interconexión debe ser indubitable.

En tal sentido, dicha solicitud requiere la invocación expresa del derecho de adecuación y la indicación precisa de las condiciones a las que pretende adecuarse, de manera tal que no quede duda al respecto.

⁴⁷ Según Bellsouth, sostener lo contrario, es decir que al 4 de enero del año 2001, Nextel no podía saber con respecto a qué contrato se solicitaba la adecuación, sería amparar una conducta impropia de dicha empresa. En tal sentido, y en cumplimiento del deber de interpretación y ejecución de los contratos de buena fe, sostiene que debe considerarse tal carta como la primera solicitud de adecuación.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

99. En las comunicaciones del 4 de enero y 31 de mayo del año 2002⁴⁸ presentadas por Bellsouth, únicamente se solicitó negociar el establecimiento de un cargo de acceso en reemplazo del *Sender Keeps All*; mientras que en comunicación de fecha 6 de agosto del año 2002⁴⁹, Bellsouth informó que ante la falta de respuesta de Nextel acudiría al regulador.
100. Es más, en la comunicación del 4 de enero del año 2002 que, según Bellsouth sería la primera solicitud de adecuación, se propone a Nextel establecer un cargo de US\$ 0,2053; es decir, un cargo diferente al de US\$ 0,207 acordado entre dicha empresa y Telefónica Móviles.
101. De acuerdo con lo anterior, ninguna de las tres comunicaciones pueden ser consideradas como solicitudes de adecuación a las condiciones pactadas entre Nextel y Telefónica Móviles, con el efecto de modificar la relación de interconexión entre las partes de la presente controversia.
102. Con su carta del 12 de agosto del año 2002, Bellsouth recién manifestó su intención de hacer uso del derecho de adecuación, precisando la condición respecto de la cual la invoca.⁵⁰
103. En consecuencia, el Tribunal de Solución de Controversias considera que la solicitud de adecuación se habría cursado a Nextel el 12 de agosto del año 2002, por lo que la adecuación del Contrato de Interconexión se habría producido automáticamente vencido el plazo de sesenta días (60) acordado por las partes, es decir, el 12 de octubre del año 2002.

4.2.2.Efectos de la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL del Cuerpo Colegiado.

104. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar que de acuerdo con Nextel, “(...) *si luego de todo un procedimiento y luego de una serie de interpretaciones, con las cuales discrepamos pero que emanan de la autoridad regulatoria competente, el administrado (en este caso Nextel) está llamado a cumplirlas; sin embargo, dicha aplicación no puede ser retroactiva, toda vez que al haberse dado una nueva interpretación al marco regulatorio vigente, resultaríamos aplicando de manera retroactiva una normatividad que recién está siendo plasmada*”⁵¹. (El resaltado es nuestro).
105. Es decir, Nextel fundamenta su posición en la aplicación retroactiva de una “nueva interpretación” de la normativa vigente, lo que implicaría la aplicación retroactiva de una normativa que está siendo recién plasmada, y en

⁴⁸ Carta C.018-2002/AR-VPL. y C.298-2002/AR-VPL, respectivamente.

⁴⁹ Carta sin numeración.

⁵⁰ Carta C.424-2002-AR/VPL.

⁵¹ Escrito de apelación de Nextel, página 27.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

consecuencia, una violación al principio de irretroactividad contenido en la Constitución Política del Perú.⁵²

106. Sobre lo argumentado por Nextel, cabe precisar que la resolución impugnada, emitida con fecha 9 de julio del año 2003, se fundamenta en la aplicación del Principio de Igualdad de Acceso establecido por el artículo 108° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, vigente desde el 19 de febrero del año 1994 y por el artículo 10° del Reglamento de Interconexión⁵³ vigente desde el 13 de enero de 1998; así como en lo acordado por las partes en la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión vigente desde el 24 de setiembre de 1999.
107. Es decir, la resolución impugnada se dictó en estricto cumplimiento de las normas y del Contrato de Interconexión vigentes al momento en el que se produjo la adecuación de la relación de interconexión, y en consecuencia, no incumple el principio de irretroactividad de las normas.
108. Con relación a la interpretación realizada por el Cuerpo Colegiado, ésta se desprende de la estricta aplicación de la normativa vigente, y se ajusta a lo dispuesto en anteriores pronunciamientos de OSIPTEL⁵⁵, y a lo acordado por las partes, y por lo tanto, no crea una “nueva normativa” como lo sostiene Nextel.
109. De otro lado, en el Informe I de Nextel, contrariamente a lo señalado por dicha empresa en su escrito de apelación, se cuestiona la fecha de adecuación no por una supuesta aplicación retroactiva de una interpretación de la normativa vigente, sino por una supuesta violación a lo dispuesto en los artículos 16° y 17° de la LPAG⁵⁶, en los cuales se establece que la eficacia de los actos administrativos se produce a partir de que la notificación legalmente efectuada produzca sus efectos, y se regula los supuestos de eficacia anticipada de los actos administrativos, respectivamente.

⁵² Constitución Política del Perú. Artículo 103.- “(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorezca al reo.”

⁵³ Actualmente recogido en el artículo 10° del TUO de las Normas de Interconexión.

⁵⁵ La Resolución N° 033-99-GG/OSIPTEL y Resolución 068-99.GG/OSIPTEL .

⁵⁶ LPAG. Artículo 16°: “EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.”

Artículo 17°: “EFICACIA ANTICIPADA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

17.1. La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto del supuesto hecho justificativo para su adopción.

17.2. También tienen eficacia anticipada la declaratoria de nulidad y los actos que se dicten en enmienda”

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

110. Al respecto, debe señalarse que la resolución impugnada no crea ningún derecho, sino que simplemente reconoce y declara que, de acuerdo con lo dispuesto por la normativa vigente y conforme a lo acordado por las partes, el Contrato de Interconexión se adecuó al sistema de cargos de acceso que Nextel otorga a Telefónica Móviles el 12 de octubre de 2002, fecha en la cual se cumplió con lo acordado entre las partes para tal efecto.⁵⁷
111. Por lo tanto, la resolución impugnada no vulnera las normas a que se refiere el Informe I de Nextel, ni por consiguiente, el principio de legalidad como se sostiene en dicho informe.
112. Es más, establecer como fecha de adecuación la fecha de entrada en vigencia de la resolución impugnada, implicaría una violación a la normativa vigente y a lo pactado por las partes en su Contrato de Interconexión.
113. En consecuencia, en virtud de los argumentos expuestos, el Tribunal de Solución de Controversias considera que no existe fundamento jurídico para establecer como fecha de adecuación, una fecha diferente a la pactada por las partes en su Contrato de Interconexión.

4.3. Comisión de la infracción e imposición de sanción.

114. El Cuerpo Colegiado concluyó que no obstante haberse adecuado el Contrato de Interconexión conforme a lo acordado en el mismo y a la normativa vigente respecto del *Sender Keeps All* por el sistema de cargos de interconexión pactado entre Nextel y Telefónica Móviles, Nextel se ha venido negando a reconocer dicha adecuación y, por consiguiente, a aplicar el sistema de cargos de interconexión. Por lo tanto, Nextel habría incurrido en las infracciones calificadas como muy graves, tipificadas en los artículos 36° y 37° del Reglamento de Infracciones, imponiéndole una multa ascendente a 151 UITs.
115. Con relación a este punto, Nextel sostuvo en su apelación que, incluso de seguirse con la interpretación del Cuerpo Colegiado, ella carecería de responsabilidad respecto de la comisión de las infracciones administrativas imputadas por el Cuerpo Colegiado, al no presentarse el elemento de culpabilidad

⁵⁷ En el Informe de Bellsouth se señaló que no cabe hablar de retroactividad de una resolución administrativa como la dictada por el Cuerpo Colegiado que resuelve una controversia y declara quien tiene derecho, en base a hechos y a normas existentes cuando dicha controversia se produjo. Se añade que las afirmaciones vertidas en el Informe I de Nextel *“toman un punto de partida equivocado, al confundir la vigencia de la ley en abstracto con la eficacia de una resolución que aplica la ley al resolver un caso concreto”*. Y por otro lado, en dicho informe no se toma en cuenta que el presente se trata de un procedimiento trilateral en el que se declara quien tiene derecho, y no un procedimiento bilateral. Por lo tanto, según lo señalado en el Informe de Bellsouth, los artículos 16° y 17° de la LPAG citados por el Informe I de Nextel no son aplicables al presente caso en tanto están previsto para actos administrativos constitutivos de derechos y no declarativos como es el caso.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

y/o intencionalidad, reconocido en la doctrina actual⁵⁸ y recogida por la LPAG, en su artículo 230°, incisos 8 y 9⁵⁹ y, por lo tanto, no puede ser sancionada.

116. Asimismo, Nextel sostuvo que la responsabilidad debe ser exigida respecto de conocimientos exigibles a la diligencia debida, debiendo determinarse en cada caso si el administrado se encontraba obligado a conocer la antijuricidad de la conducta y si existía una causal de exclusión de responsabilidad.
117. Nextel agregó que una causal de exclusión de responsabilidad es el error que cometen los administrados al interpretar de manera directa y razonable la norma aplicable, a pesar de que ésta “(...) **no cuente con un criterio hermenéutico uniforme en la entidad y/o sus alcances no puedan ser derivados de la propia interpretación literal del texto del precepto**”⁶⁰, invocando dicha causal en el presente caso.
118. Bellsouth, por su parte, solicitó al Tribunal de Solución de Controversias, incrementar el monto de la multa a 350 UIT, en función a lo dispuesto por el artículo 230° inciso 4⁶¹, ya que Nextel se habría beneficiado con su

⁵⁸ Nextel señaló en su recurso de apelación que en la actualidad se ha descartado en el ámbito del derecho administrativo sancionador la vinculación a una responsabilidad objetiva, por cuanto ello supone una contradicción con otros principios y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente contra el derecho de defensa y a la presunción de inocencia, así como al principio de legalidad y la seguridad jurídica. Por tal motivo, actualmente, el ejercicio de la potestad sancionadora se encuentra limitado a la determinación de la responsabilidad del administrado desde el punto de vista de un análisis de la concurrencia o no del elemento culpabilidad en la conducta.

Según Nextel, de acuerdo a lo sostenido por la doctrina especializada en la materia, las infracciones administrativas contemplan dentro de su estructura el elemento subjetivo de la culpabilidad, necesario para la configuración del ilícito, además de la sola comisión de la conducta tipificada como tal.

⁵⁹ LPAG. Artículo 230°: “*Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa*. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

8. *Causalidad*.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción sancionable”, entendiéndose que, para tales efectos, la realización de la conducta tipificada debe contar con la presencia del elemento subjetivo (dolo o negligencia) en la misma, así como la ausencia de un supuesto de exclusión de responsabilidad.

9. *Presunción de Licitud*.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”, debiendo entenderse que la presunción de licitud respecto de los hechos cometidos, deja abierto el tema de probanza de la efectiva comisión de los mismos, así como la concurrencia del elemento de carácter subjetivo en la conducta del administrado.

⁶⁰ Escrito de contestación de la apelación de Nextel, página 11. Nextel sostiene que una diferencia de criterio razonable respecto de la interpretación de las normas es causal de exoneración de culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador, siempre que las mismas aparezcan dudosas en su comprensión o sentido y admitan distintas lecturas.

⁶¹ Artículo 230°: “*Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa*. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

4. *Tipicidad*.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas

incumplimiento evitando pagar montos superiores a los dos millones de dólares. Además indicó que la intencionalidad de Nextel es clara ya que esta empresa ha venido repitiendo la conducta e interponiendo recursos ante el Poder Judicial para alargar la situación.

4.3.1.Procedencia de la sanción a Nextel por comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 36° y 37° del Reglamento de Infracciones.

119. Teniendo en cuenta lo argumentado por las partes, el Tribunal de Solución de Controversias está de acuerdo en que pueden presentarse factores tales como la emisión de resoluciones contradictorias por parte de la Administración respecto a la tipificación de las conductas constitutivas de infracciones, que podrían hacer cuestionables la imposición de sanciones a las empresas que, como consecuencia de estas supuestas contradicciones, hubieran incurrido en incumplimiento a la normativa.

120. Por este motivo, es pertinente analizar los argumentos vertidos por Nextel con relación a este tema:

(i) “La carencia de precisión, en nuestro ordenamiento vigente, de los cargos de acceso y/o condiciones económicas vinculadas a los mismos como condición esencial de toda relación de interconexión.”

Al respecto, la normativa es clara y precisa con relación a la importancia de los cargos de acceso en el ámbito de la interconexión, tal como se verifica de las siguientes normas:

El artículo 13° del Reglamento de Interconexión⁶² establece expresamente en su párrafo segundo: **“Los operadores de redes de servicios interconectados, se pagarán entre sí cargos de acceso, en relación a las instalaciones, que acuerden brindarse para la interconexión. Tales cargos serán aprobados por OSIPTEL y serán iguales a la suma de: (i) los costos de interconexión, (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local, y (iii) un margen de utilidad razonable.”**

El artículo 18° del Reglamento de Interconexión⁶³ establece que: **“El contrato de interconexión especificará los valores de los cargos de acceso y sus fórmulas de ajuste, así como la metodología utilizada para cuantificar dichos cargos y fórmulas.”**

El artículo 24° del Reglamento de Interconexión⁶⁴ dispone que: **“Si los operadores no llegasen a un acuerdo respecto de los cargos de**

conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

⁶² Actualmente recogido en el artículo 13° del TUO de las Normas de Interconexión.

⁶³ Actualmente recogido en el artículo 18° del TUO de las Normas de Interconexión.

⁶⁴ Actualmente recogido en el artículo 27° del TUO de las Normas de Interconexión.

acceso basados en el empleo de instalaciones esenciales, el OSIPTEL emitirá un Mandato de Interconexión."

De los artículos antes citados, se desprende con claridad la obligación de las empresas operadoras a interconectarse de pactar cargos para efecto de compensar los servicios que se brinden para efectos de la interconexión, al extremo de establecer que si las empresas no llegan a un acuerdo respecto a este punto OSIPTEL fijará un cargo a través de un mandato de interconexión.

Por lo tanto, como se desprende de dichos artículos, no existe duda en la regulación respecto de la calidad de esencial de los cargos de interconexión⁶⁵, siendo reemplazables únicamente por mecanismos alternativos de compensación cuando éstos resulten más eficientes, conforme a lo establecido expresamente en el artículo 23° del Reglamento de Interconexión⁶⁶:

"Son modalidades de cargos de acceso las siguientes:

- i. Por tiempo de ocupación de las comunicaciones debidamente completadas y/o volumen de información.*
- ii. Cargos fijos periódicos.*

Se podrá adoptar una modalidad distinta de las precedentemente indicadas. El operador que solicite tal modalidad deberá demostrar que ésta es más eficiente que las señaladas anteriormente."

En adición, tal es la importancia de los cargos en el marco de la interconexión que en los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones del Perú, aprobado por Decreto Supremo N° 020-98-MTC, se consideró esencial la fijación de cargos de acceso por defecto para la terminación de llamadas a fin de permitir a las empresas conocer los términos relevantes de los acuerdos de interconexión y de esta manera, promover la entrada rápida de nuevos operadores al mercado, señalando expresamente lo siguiente:

⁶⁵ Es más, los cargos de interconexión constituyen un elemento tan importante en las relaciones de interconexión que el TUO de las Normas de Interconexión (y anteriormente el Reglamento) de Interconexión regula aspecto tales como (i) que se entiende por costos de interconexión para efectos de la fijación de los cargos de interconexión y fijan los criterios para determinarlos, asimismo, establecen las reglas relativas a la determinación del margen de utilidad razonable, para efectos de la fijación de los cargos de interconexión; (ii) elementos en función a los cuales se pueden fijar los cargos de interconexión; y (iii) la posibilidad de acordar descuentos por volumen de tráfico o por horario, siempre que se respete el Principio de Igualdad de Acceso (artículos 14° al 17°, 22° y 23° del Reglamento de Interconexión, anteriormente artículos 14° al 17°, 24° y 26° del TUO de las Normas de Interconexión).

Esto no fue tomado en cuenta en el Informe II de Nextel en el que se señaló que el ordenamiento vigente así como el propio OSIPTEL no considera a los cargos de acceso como elementos esenciales de la interconexión de redes.

⁶⁶ Actualmente recogido en el artículo 21° del TUO de las Normas de Interconexión.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

Numeral 37°: “(...)La política de interconexión es un elemento clave para el éxito de un proceso de apertura del mercado de telecomunicaciones. La experiencia internacional comparada demuestra que la efectiva entrada de nuevos operadores al mercado depende en buena medida de su capacidad para establecer y conocer los términos relevantes de los acuerdos de interconexión que deben celebrar con los operadores establecidos. En este sentido, la predeterminación de los aspectos relevantes de la interconexión resulta esencial para promover la entrada rápida de nuevos operadores al mercado. (...) (El resaltado es nuestro).

El numeral 38°: “En línea de lo anterior se han identificado tres aspectos relevantes sobre la política de interconexión que atañen al éxito de la apertura:

- a) La fijación de los puntos de interconexión (PI).
- b) El establecimiento de los cargos de interconexión por defecto, generando señales claras para los participantes en el mercado.
- c) Acceso a instalaciones esenciales.” (El resaltado es nuestro).

En tal sentido, Nextel no ha demostrado la falta de claridad en la normativa vigente respecto de la importancia de los cargos de interconexión y de los mecanismos alternativos de compensación.

(ii) “La incompatibilidad existente entre la determinación de las condiciones económicas previstas y el sistema Sender Keeps All (...)”

Tal como lo señala Nextel, el sistema de cargos de acceso y el *Sender Keeps All* son sistemas incompatibles, por cuanto plantean soluciones contradictorias para un mismo problema. Es así que, mientras en el primero las partes acuerdan pagarse determinados cargos de acceso, en el segundo, ambas partes renuncian al cobro de estos cargos.

Dicha incompatibilidad hace que estos sistemas no sean susceptibles de ser aplicados respecto de un mismo supuesto de manera simultánea y que, por lo tanto, sean alternativos, por lo que la aplicación del Principio de Igualdad de Acceso en este escenario implica necesariamente reemplazar un sistema por el otro, como ocurre en todos los casos en los cuales se pretenda la adecuación de una condición económica a otra condición que una de las partes otorga a un tercero.

Por lo tanto, la incompatibilidad entre los sistemas de cargos de acceso y *Sender Keeps All* no afecta en nada la obligación de las partes de otorgar las mismas condiciones a todas las empresas que lo soliciten, ni la obligación de adecuar el Contrato de Interconexión, conforme a lo pactado por ellas mismas.

(iii) “La existencia de interpretaciones poco precisas y contradictorias vinculadas al régimen aplicable al sistema de liquidaciones Sender Keeps All, que no se desprende de forma clara del solo texto de los preceptos que regulan las relaciones de interconexión (...)”

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

Según Nextel existen interpretaciones poco precisas y contradictorias vinculadas al *Sender Keeps All* por parte de OSIPTEL debido a que en un primer momento el regulador lo aprobó en el marco del Contrato de Interconexión, y posteriormente cuestionó su vigencia.

Asimismo, de acuerdo con dicha empresa, la misma situación se presenta con relación a Bellsouth, quien en un primer momento sostuvo la eliminación del *Sender Keeps All* como un supuesto de modificación del Contrato de Interconexión de acuerdo al artículo 41° del Reglamento de Interconexión, y luego como un supuesto de adecuación conforme a los artículos 10° y 25° de dicho reglamento.

Con relación a las supuestas interpretaciones contradictorias en las que habría incurrido OSIPTEL, debe precisarse que el haber aprobado el *Sender Keeps All* en un primer momento no es contradictorio con la resolución impugnada que declara la modificación de dicho sistema en virtud del Principio de Igualdad de Acceso.

Esto se debe a que, la aplicación del referido principio, así como la ejecución de la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión, implican la modificación de condiciones válidas y legítimas aprobadas por el regulador, o inclusive establecidas por éste a través de un mandato.

Por lo tanto, el reconocimiento de la adecuación del Contrato de Interconexión en virtud al Principio de Igualdad de Acceso y de su cláusula decimoquinta, no significa un cuestionamiento de la validez del acuerdo, ni de la facultad de las partes de pactarlo.

Es más, tal como se ha mencionado anteriormente, la resolución del Cuerpo Colegiado guarda concordancia con el pronunciamiento de la Gerencia General contenido en su Resolución N° 033-99-GG/OSIPTEL dirigida a la propia Nextel y a Telefónica, en la cual se observó el contrato de interconexión suscrito por dichas empresas y se declaró expresamente la calidad de condición económica del *Sender Keeps All*.

Asimismo, la resolución impugnada concuerda con lo establecido por la propia Nextel en su Contrato de Interconexión con Bellsouth, en el que se establece expresamente el *Sender Keeps All* como condición económica de la interconexión.

Ante tal situación, se puede concluir que Nextel contaba con los elementos suficientes para concluir que el *Sender Keeps All* es una condición económica.

Finalmente, respecto de las supuestas contradicciones por parte de Bellsouth, debe precisarse que el hecho que dicha empresa no haya invocado la cláusula decimoquinta del Contrato de Interconexión, no afecta de manera alguna la calidad de condición económica del *Sender Keeps All*,

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

ni la obligación de Nextel de interconectarse en igualdad de condiciones con todas las operadoras, ni el cumplimiento de lo acordado en la cláusula decimoquinta del mencionado contrato.

121. Como se desprende del análisis de los argumentos en virtud de los cuales fundamenta su falta de responsabilidad por la infracción cometida, en el presente caso, no se ha verificado la existencia de ningún factor que pudiera eximir a dicha empresa de la imposición de una sanción.
122. En tal sentido, al no haberse acreditado la falta de claridad ni las contradicciones en la normativa vigente ni en los pronunciamientos de OSIPTEL relativos a la interpretación de éstas, sino que, por el contrario, al haberse demostrado que existía un pronunciamiento por parte de OSIPTEL en un caso particular - en el que una de las partes era la propia Nextel -, en el cual se declaraba expresamente la calidad de condición económica del *Sender Keeps All* – criterio que además fue seguido por Nextel al suscribir el Contrato de Interconexión -, el Tribunal de Solución de Controversias concluye que no existe ninguna causal eximente para efectos de la aplicación de la sanción correspondiente.
123. Por lo tanto, habiéndose Nextel negado a reconocer la adecuación del Contrato de Interconexión, y en consecuencia, aplicar el sistema de cargos de acceso actualmente vigente en dicha relación de interconexión, sistema que además se lo otorga a otra empresa de la misma naturaleza a la de Bellsouth, dicha empresa ha incurrido en las infracciones tipificadas en los artículos 36° y 37° del Reglamento de Infracciones, calificadas como muy graves, como se resuelve en la resolución impugnada, por lo que corresponde ser sancionada conforme a la escala de multas establecida por el artículo 25° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

4.3.2. Monto de la multa.

124. En la resolución apelada, el Cuerpo Colegiado calificó la infracción cometida por Nextel como muy grave, imponiéndole una multa ascendente a 151 UITs.
125. Con relación a este extremo, Bellsouth solicitó en su recurso de apelación al Tribunal de Solución de Controversias que incrementa el monto de la multa a 350 UIT, en función a lo dispuesto por el artículo 230° inciso 4⁶⁷ de la LPAG, sustentando su pedido en que Nextel se habría beneficiado con el incumplimiento de su obligación evitando pagar montos superiores a los dos millones de dólares. Además, sostuvo que la intencionalidad de Nextel se evidencia en el hecho que

⁶⁷ Artículo 230°: “*Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa*. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

4. *Tipicidad*.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

esta empresa ha venido repitiendo esta conducta e interponiendo recursos ante el Poder Judicial para alargar tal situación.

126. En respuesta a lo solicitado por Bellsouth, Nextel señaló en su contestación de la apelación que las partes no son las llamadas a cuestionar la graduación de una sanción y que no puede incrementarse el monto de la multa impuesta como consecuencia del ejercicio regular y legítimo de su derecho (la interposición de la acción contencioso administrativa). Adicionalmente, afirmó que la multa impuesta por el Cuerpo Colegiado es desalentadora dado que representa aproximadamente el 25% del monto que supuestamente debe pagar a Bellsouth, y demuestra que la actitud de Nextel no está basada en cálculos matemáticos de los supuestos beneficios que obtendría con su conducta.
127. Respecto a la primera causal invocada por Bellsouth cabe señalar que, al no encontrarse determinado el tráfico cursado entre las empresas conforme a lo establecido en el Acuerdo de Liquidación, no es posible determinar a ciencia cierta el beneficio que ha representado para Nextel la comisión de las infracciones señaladas anteriormente. Adicionalmente, si bien la negativa de Nextel de reconocer la adecuación producida el 12 de octubre del año 2002 habría tenido como consecuencia el no pago de los montos correspondientes por concepto de cargos de acceso, Nextel se encontraría obligada a efectuar dichos pagos conforme a lo dispuesto por la resolución impugnada y por la presente.
128. Con relación a la segunda causal corresponde indicar que, la interposición por Nextel de un recurso contencioso administrativo ante el Poder Judicial con la finalidad de que se ordene al Cuerpo Colegiado que solicite al INDECOPI el informe al que se hace referencia en el punto 2.1 de la presente resolución, constituye el ejercicio legítimo de su derecho a impugnar las decisiones de la Autoridad Administrativa.
129. En consecuencia, el Tribunal considera que no corresponde incrementar el monto de la multa impuesta en la resolución impugnada, y por lo tanto, corresponde confirmar lo resuelto por la primera instancia.

4.4. Montos devengados por concepto de cargos de acceso.

130. El Cuerpo Colegiado concluyó en la resolución impugnada que Nextel y Bellsouth debieron aplicar el sistema de cargos de interconexión a partir de los sesenta (60) días contados desde el 12 de agosto del año 2002. En tal sentido, a partir de dicha fecha, las empresas debían realizar la conciliación, liquidación, facturación y el consecuente pago de los montos resultantes, siendo aplicable para tal efecto
127. el Acuerdo de Liquidación del 18 de setiembre del año 2002, y su primera adenda de diciembre del año 2002.
131. Con relación a este extremo, en su recurso de apelación, Nextel solicitó se revoque la resolución impugnada en el extremo correspondiente al pago de

montos devengados⁶⁸; añadiendo en su contestación de la apelación, que en el supuesto negado que procediera la adecuación del Contrato de Interconexión, los montos a ser pagados deben fluir de lo establecido en el Acuerdo de Liquidación, conforme a lo dispuesto por el Cuerpo Colegiado⁶⁹.

132. Al respecto debe indicarse que, habiéndose concluido que el Contrato de Interconexión se habría adecuado al sistema de cargos de acceso que Nextel otorga a Telefónica Móviles el 12 de octubre de 2002, las partes se encuentran obligadas al pago de dichos cargos, por lo que corresponde declarar infundada la apelación de Nextel en este extremo.
133. De otro lado, en su recurso de apelación, Bellsouth solicitó que el Tribunal de Solución de Controversias establezca el monto preciso que Nextel debería pagarle como consecuencia de la adecuación del Contrato de Interconexión, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 5° de la LPAG, según el cual la autoridad administrativa está obligada a pronunciarse sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por los administrados.
134. Al respecto, el numeral 5.4 del artículo 5° de la LPAG, invocado por Bellsouth, establece que:

"El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue la posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor."

135. Es decir, dicha norma establece la obligación inherente a la Administración de pronunciarse respecto de todos los puntos planteados por los administrados, en el sentido en que ésta lo estime conforme a la normativa vigente, y no necesariamente cómo los administrados pretenden.
136. Por lo tanto, el hecho que el Cuerpo Colegiado haya señalado que el monto deberá establecerse conforme a lo acordado por las partes luego de seguir el procedimiento establecido en el Acuerdo de Liquidación, no implica un incumplimiento de la citada disposición.
137. En consecuencia, el Tribunal considera que no es posible determinar el monto exacto que Nextel debe pagar a Bellsouth producto de la aplicación del sistema de cargos de acceso, en tanto dichas empresas no cumplan con conciliar los tráficos cursados por ambas redes a partir de la adecuación del Contrato de Interconexión, de acuerdo con el procedimiento acordado para tal efecto en el Acuerdo de Liquidación.

⁶⁸ Escrito de apelación de Nextel, página 4.

⁶⁹ Escrito de contestación de la apelación, página 8.

⁷⁰ Escrito de apelación de Nextel, página 4.

⁷¹ Escrito de contestación de la apelación, página 8.

4.5. Pago de intereses.

138. En la resolución materia de apelación, el Cuerpo Colegiado declaró infundada la demanda de Bellsouth en el extremo referido al pago de intereses, puesto que, conforme al Acuerdo de Liquidación, se devengarían automáticamente intereses en caso la parte obligada no cumpla con cancelar la factura dentro del plazo máximo de cuatro (4) días de recibida la misma y, en el presente caso, Bellsouth no habría remitido factura alguna a Nextel a pesar de que se encontraba en capacidad de hacerlo.
139. En su recurso de apelación, Bellsouth cuestionó el análisis realizado por el Cuerpo Colegiado señalando que se había cometido un error al aplicar incorrectamente los conceptos de mora y de interés moratorio que contiene el Código Civil, toda vez que, de acuerdo a este cuerpo legal, los intereses moratorios se generarían por el sólo hecho de haber incurrido en mora, aún si no se hubiera pactado dichos intereses.
140. Asimismo, Bellsouth sostuvo que por regla general la constitución en mora se produce con la intimación al deudor, explicando que esta regla tiene como excepción el caso en el cual el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación, tal como lo establece el artículo 1333° inciso 3 del Código Civil⁷². En el presente caso, en opinión de Bellsouth, existen múltiples negativas por escrito de parte de Nextel tanto para cumplir con su obligación de adecuar el Contrato de Interconexión así como para realizar el pago subsecuente.
141. En adición, según Bellsouth no sería aplicable el Acuerdo de Liquidación para el cumplimiento de obligaciones formales pues dicho acuerdo entró en vigencia en una fecha posterior al inicio del incumplimiento. Además, Bellsouth argumentó que era imposible proceder a la facturación porque, en primer lugar, el Acuerdo de Liquidación no estaba vigente, y además, porque eso le hubiese generado a Bellsouth una enorme contingencia tributaria, generándose obligaciones de pago de impuestos sin saber en qué sentido se resolvería la presente controversia.
142. Al respecto, corresponde indicar que conforme a lo establecido en el artículo 1242° del Código Civil, los intereses moratorios tienen por finalidad indemnizar la demora en el pago, por lo tanto, éstos se devengarán a partir del día en que el deudor incurre en mora.
143. De acuerdo con el artículo 1333° del Código Civil el obligado incurre en mora cuando el acreedor le exige, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su

⁷² Código Civil, Artículo 1333°: *"Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.*

No es necesaria la intimación para que la mora exista: (...)

3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación. (...)"

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

obligación, no siendo necesaria la intimación para que la mora exista en los casos señalados expresamente en dicho artículo.⁷³

144. Del artículo antes citado, se desprende que, sólo puede existir mora respecto de obligaciones exigibles, siendo una obligación exigible, conforme al artículo 1240° del Código Civil⁷⁴, a partir del momento en que se contrae la obligación, salvo que las partes acuerden otra fecha.
145. En tal sentido, para determinar si corresponde ordenar el pago de intereses moratorios a Bellsouth, y de ser el caso, la fecha a partir de los cuales éstos se habrían generado, debe determinarse el momento a partir del cual la obligación de pago de Nextel es exigible, y si dicha empresa fue constituida en mora.
146. Como se ha señalado anteriormente, con fecha 16 de agosto del año 2002 Bellsouth y Nextel celebraron el Acuerdo de Liquidación mediante el cual establecieron el procedimiento que las partes deben observar para efectos de liquidar, conciliar y pagar las sumas que se generen por concepto de cargos de acceso en el marco de la interconexión materia de la presente controversia (entre otras relaciones de interconexión). Este fue aprobado por OSIPTEL con fecha 25 de febrero del año 2003.
147. Cabe precisar, que aún cuando el Acuerdo de Liquidación fue aprobado posteriormente a la fecha de adecuación⁷⁵, éste resulta aplicable para la conciliación de los tráficos, liquidación, facturación y pago de los cargos de acceso a pagarse en la relación de interconexión en controversia generados a partir de la fecha de adecuación del Contrato de Interconexión⁷⁶.

⁷³ Código Civil, Artículo 1333°: *"Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación."*

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. *Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.*
2. *Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.*
3. *Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.*
4. *Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor."*

⁷⁴ Código Civil. Artículo 1240°: *"Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación."*

⁷⁵ El Acuerdo de Liquidación fue celebrado el 16 de agosto del año 2002 y aprobado por OSIPTEL mediante Resolución N° 072-2003-GG/OSIPTEL, habiendo sido notificada a las partes el 28 de febrero de 2003, por lo que de conformidad con su artículo 7° y con el artículo 38° del Reglamento de Interconexión, el referido acuerdo entró en vigencia el 1 de marzo del año 2003.

⁷⁶ La cláusula primera del Acuerdo de Liquidación, modificada por la primera adenda señala: *"(...) Asimismo, este procedimiento se utilizará para liquidar cargos de terminación entre sus redes móviles y entre los terminales de uso público de BELLSOUTH con la red móvil de NEXTEL, cuando ello resultase aplicable."*

Por otro lado, la Resolución N° 072-2003-GG/OSIPTEL, que aprueba el Acuerdo de Liquidación condiciona la aplicación del mismo al establecimiento previo de un sistema de cargos de interconexión para lo cual señala que las partes deberán suscribir previamente acuerdos complementarios. En el presente caso, el Contrato de Interconexión se ha adecuado el 12 de octubre del año 2002 por lo que se habría cumplido con la condición de dicha resolución, sin que se requiera la suscripción de acuerdo complementario alguno. Por lo tanto, el Acuerdo de liquidación sería

148. Esto se debe a que en las relaciones de interconexión que se rigen bajo el sistema de cargos de acceso por tiempo de ocupación, se requiere la existencia de un mecanismo de conciliación y liquidación con el objeto de determinar los montos a pagar por dicho concepto. En tal sentido, tomando en consideración que no existe un procedimiento de conciliación por defecto⁷⁷, las partes necesariamente deberían pactarlo a fin de poder determinar el monto de sus obligaciones y exigir los pagos correspondientes⁷⁸.
149. De acuerdo con lo establecido en el Acuerdo de Liquidación, el pago por concepto de cargos de interconexión es exigible transcurridos cuatro (4) días de recibida la factura, constituyéndose la deudora en mora automáticamente vencido dicho plazo, y por lo tanto, generándose intereses moratorios sin necesidad de requerimiento alguno.⁷⁹
150. De la información que obra en el expediente y de las propias afirmaciones de Bellsouth⁸⁰, se desprende que esta empresa no ha remitido factura alguna a Nextel conforme a lo acordado, por lo que la obligación de pago de Nextel no es aún exigible. Es más, aún no se ha conciliado el tráfico cursado entre las redes de las partes, y por lo tanto, ni siquiera se ha determinado el monto de la supuesta deuda de Nextel.
151. Cabe señalar que si bien es cierto que Nextel se negó a aceptar la adecuación del Contrato de Interconexión, lo que hace suponer que se habría negado también a entrar en un procedimiento de conciliación de tráfico, Bellsouth contaba con una vía para facturar aún en el caso que Nextel se negara a seguir el

aplicable a la relación de interconexión entre Bellsouth y Nextel a partir del momento en que entró en vigencia, es decir, a partir del 1 de marzo del año 2003.

⁷⁷ El mecanismo de conciliación establecido en la Resolución N° 037-2001-CD/OSIPTEL (y actualmente en el TUO de las Normas de Interconexión) es aplicable a las relaciones de interconexión originadas mediante mandato de Interconexión y en aquellos casos en los que las partes lo pacten en sus respectivos contratos de interconexión, conforme a lo establecido en el artículo 1° de dicha resolución (artículo 62° del TUO de las Normas de Interconexión).

⁷⁸ De no llegar a un acuerdo, las partes podían solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de interconexión.

⁷⁹ Acuerdo de Liquidación. Cláusula 2.3 “ **Facturación y pagos**

La facturación entre ambas Partes se hará de acuerdo a lo siguiente:

*2.3.1. Pago definitivo: En el caso que hubiera conciliación global, se emitirá (n) la (s) factura (s) correspondiente (s) al 100% de los tráficos registrados en el período de liquidación dentro de los seis (6) días calendario siguientes a la fecha de la reunión para la conciliación global. **Dicha (s) factura (s) será (n) pagada (s) en un plazo máximo de cuatro (4) días hábiles de recibida la (s) misma (s).***

De no efectuarse los pagos correspondientes, se devengarán automáticamente, sin requerimiento alguno, los intereses moratorios y compensatorios con la tasa más alta permitida por ley; la misma que es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú para las entidades ajenas al sistema financiero, los mismos que se devengarán hasta la fecha efectiva de pago, aplicándose la tasa vigente en dicha fecha. (...) (El resaltado es nuestro).

⁸⁰ En su escrito de apelación, Bellsouth señala lo siguiente: “Además, debe tomarse en cuenta que nos era imposible proceder a la facturación, no sólo por el hecho antes mencionado de que el contrato no estaba vigente, sino además porque ello nos hubiese generado una enorme contingencia tributaria (...)

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

procedimiento de conciliación, y así, constituir en mora a dicha empresa, procedimiento que no siguió Bellsouth.⁸¹

152. En consecuencia, al no ser exigible la obligación de Nextel de acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, el Tribunal de Solución de Controversias concluye que no existe mora, y por lo tanto, no se han devengado los intereses moratorios reclamados por Bellsouth.

V. ANÁLISIS DE LA APELACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

5.1. Obligación de Bellsouth de otorgar interconexión indirecta.

153. El Cuerpo Colegiado resolvió que la reconvencción planteada por Nextel debía ser declarada infundada en todos sus extremos porque la terminación de llamadas en la red del Servicio Troncalizado de Nextel de las llamadas originadas en la red del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) de Tim que venía efectuando Bellsouth constituye el cumplimiento por parte de esta empresa de la obligación de interconexión indirecta impuesta por la normativa vigente, y por tanto, no puede constituir ni a la normativa de telecomunicaciones, ni a la normativa sobre represión de competencia desleal.
154. En su recurso de apelación, Nextel cuestionó lo resuelto por el Cuerpo Colegiado, argumentando que:
- (i) El servicio prestado por Bellsouth no puede ser considerado como el cumplimiento de su obligación de interconexión por cuanto de acuerdo con el marco regulatorio del derecho de las telecomunicaciones, dicho servicio sólo puede ser prestado por las redes portadoras y no por las redes móviles, como vendría ocurriendo en el presente caso, tal como lo confirma el que las llamadas de Tim sean identificadas con un número de la red de telefonía móvil de Bellsouth.
 - (ii) El presente caso no puede ser visto como una consecuencia de la obligatoriedad de la interconexión, como servicio esencial y de interés público, por cuanto los usuarios de la red de Nextel y los usuarios de la red de Tim ya se encontraban interconectados desde enero del año 2001, a través de una interconexión indirecta provista por la red portadora local de Telefónica. Es decir, mucho antes de que Bellsouth se interconectara con Tim.
 - (iii) Si el servicio de transporte conmutado debe ser transparente y enviar el número de abonado llamante (en adelante ANI) respectivo a fin de que las partes puedan facturarse, tal como se establece en el artículo 8° de la Resolución N° 014-99-CD/OSIPTEL, la única explicación a la conducta de Bellsouth relativa al cambio del ANI consiste en que dicha empresa quería

⁸¹ Acuerdo de Liquidación. Cláusula 2.2.1. "Si una de las Partes no cumple con la entrega del resumen en el plazo establecido, el pago se realizará con la información presentada por la otra Parte."

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

ocultar al originante de la llamada para aprovecharse indebidamente del *Sender Keeps All* y ejercer un medio económico de presión indirecto para la modificación del acuerdo.

- (iv) El análisis respecto a si la conducta denunciada constituye un acto de competencia desleal es de lo más relevante en el presente caso, no bastando un análisis bajo las normas que orientan el sector de las telecomunicaciones, más aún cuando una de las pretensiones de la reconvencción presentada por Nextel es justamente que se sancione a Bellsouth por infracciones a la leal competencia.
 - (v) Entrando al análisis de competencia, si bien no existe norma expresa que prohíba la conducta de Bellsouth, conocida según Nextel como “desvío de tráfico” o “arbitraje de tráfico”, ésta es repudiada por el sistema regulatorio peruano por violentar la sana competencia⁸², y por lo tanto, constituye un acto de competencia desleal contenido en la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal por ser una conducta contraria a la buena fe comercial que debe ser investigada.
 - (vi) Conforme a lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley de Competencia Desleal, resulta evidente el daño perjudicial e ilícito que se origina a Nextel por la comisión de los actos antes descritos, es decir, un daño que ocurre no por las reglas de competencia, sino por un accionar contrario a la conducta que deben observar los competidores.
 - (vii) Es presumible que existan acuerdos verbales o escritos entre Bellsouth y Tim en los que se permita alguna compensación o contribución para Bellsouth que difícilmente se puedan encontrar, toda vez que, las empresas al ser conscientes de la ilegalidad de los mismos tratarán de suprimir todos los rastros al respecto, por lo cual el Tribunal deberá recurrir a la prueba indiciaria.
155. Respecto de lo argumentado por Nextel, cabe señalar que el artículo 5° de las Normas Complementarias, actualmente artículo 22° del TUO de las Normas de Interconexión, establece que:

*“El transporte conmutado, denominado también tránsito local, es el conjunto de medios de transmisión y conmutación de un **portador local** que enlazan las redes de distintos operadores concesionarios en la misma localidad.*

*En la relación entre los distintos operadores cuyas redes se enlazan a través del transporte conmutado local, denominada **interconexión indirecta**, **no es exigible un contrato de interconexión**. Sin embargo, el operador a quien se solicite la interconexión indirecta, **no brindará el transporte conmutado local**, o suspenderá el que está brindando, **si el operador solicitante de la interconexión indirecta no otorga garantías razonables y suficientes por la liquidación y recaudación de los cargos***

⁸² De acuerdo con Nextel, lo señalado se desprende del numeral 48 de los Lineamientos de Apertura y de la Resolución N° 049-2001-CD/OSIPTEL; y por lo tanto, constituye un acto de competencia desleal.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

de interconexión correspondiente, o si las garantías otorgadas devienen insuficientes; tales facultades del operador que provee el transporte conmutado local subsisten, mientras el operador de la red que solicitó la interconexión indirecta no satisfaga las mencionadas condiciones. Mientras cuente con las garantías suficientes, el operador que provee el transporte conmutado local, asumirá ante la tercera red los cargos de interconexión por el tráfico terminado en la misma; y, de no contar con tales garantías, no brindará o suspenderá el transporte conmutado y no terminará el tráfico en tercera red.”

156. Es decir, de acuerdo con el artículo 5° de las Normas Complementarias⁸³, el servicio de transporte conmutado local, a través del cual se presta la interconexión indirecta⁸⁴, es un servicio portador local y en consecuencia, de acuerdo con la normativa vigente⁸⁵, **sólo puede ser prestado por una empresa concesionaria de dicho servicio**, siendo dicha prestación obligatoria, salvo en aquellos casos en los que existiendo acuerdo de liquidación entre las redes a interconectarse, la empresa solicitante no otorgue garantías razonables y suficientes para la liquidación y recaudación de los cargos de interconexión correspondientes.
157. Bellsouth cuenta con la concesión de portador local, y por lo tanto, está facultada y obligada a prestar el servicio de transporte conmutado. Bajo esta premisa, corresponde determinar si Bellsouth puede y debe prestar dicho servicio específicamente en la relación de interconexión de su red de servicio de Telefonía Móvil con la red del Servicio Troncalizado de Nextel.
158. De acuerdo con la interpretación uniforme adoptada por OSIPTEL al aprobar contratos de interconexión, emitir mandatos y resolver controversias⁸⁶, el hecho que el servicio de transporte conmutado deba ser prestado por una empresa portadora local, no implica que dicha empresa deba estar interconectada en su calidad de portadora local con aquellas redes que interconecta.

⁸³ Actualmente recogido en el artículo 22° del TUO de las Normas de Interconexión.

⁸⁴ De acuerdo con la normativa vigente, la interconexión indirecta es aquella que se realiza a través del transporte conmutado o tránsito local, y básicamente consiste en interconectar dos redes (Empresa A y Empresa C) a través de la red de una tercera empresa (Empresa B) con la cual ambas se encuentran interconectadas, no requiriéndose de acuerdo alguno entre las redes que se interconectan por esta vía (las Empresas A y C), debido a que la relación de ambas será únicamente con la empresa con la cual están interconectadas directamente (Empresa B).

⁸⁵ Artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones: “Se considera servicios portadores a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. Estos servicios (...) **requerirán de concesión expresa para su ejercicio**.” (Resaltado agregado).

⁸⁶ En tal sentido, la interpretación de la primera instancia representa la interpretación general que al respecto ha dado OSIPTEL y que se encuentra reflejada, entre otras, en las resoluciones y mandatos que se citan a continuación:

Resolución de Cuerpo Colegiado N° 033-CCO-2000 en el Expediente N° 002-2000.

Mandatos de Interconexión N° 001-99-GG/OSIPTEL, 002-99-GG/OSIPTEL, 001-2000-GG/OSIPTEL, 002-2000-GG/OSIPTEL, 003-2000-GG/OSIPTEL, 005-2000-GG/OSIPTEL, 007-2000-GG/OSIPTEL.

Debe precisarse que si bien algunos de dichos mandatos han sido materia de apelación, como lo señala Nextel, en ningún caso estos recursos han comprendido a la mencionada interpretación de OSIPTEL.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

159. Por lo tanto, conforme al mencionado criterio, Bellsouth como portador local se encuentra facultado y obligado a prestar el servicio de transporte conmutado en la relación de interconexión de su red de servicio de Telefonía Móvil con la red de Servicio de Troncalizado de Nextel, aún cuando dicha interconexión no incluya a su red portadora.
160. Es así que OSIPTEL aprobó el Contrato de Interconexión en el cual las partes acordaron que **Bellsouth le prestaría a Nextel el servicio de transporte conmutado** para la interconexión con terceras redes, a pesar de que Nextel no está interconectada con la red portadora de Bellsouth.
161. En efecto, en el Anexo II, Condiciones Económicas, numeral 3, se establece lo siguiente: **"Tele 2000 prestará el servicio de transporte conmutado para las llamadas entregadas por NEXTEL con destino a la red de un tercer operador o a una red móvil, con la cual NEXTEL no esté interconectada directamente."**⁸⁷
162. Cabe señalar que, contrariamente a lo señalado por Nextel, el hecho que Tim estuviera interconectada con esta empresa⁸⁸ no eximía a Bellsouth de su obligación como portador local de prestar la interconexión indirecta.⁸⁹
163. Esto se debe a que las causales de excepción a dicha obligación se encuentran expresamente establecidas en el artículo 112° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones⁹⁰ - entre las cuales no se incluye la invocada por Nextel - no

⁸⁷ Es más, de conformidad con dicho criterio, OSIPTEL aprobó mediante Resolución N° 068-99-GG/OSIPTEL, el Contrato de Interconexión materia de la presente controversia en el que se pactó que las redes de Nextel y Bellsouth se interconectarían de manera indirecta a través de la red de Telefónica del Perú S.A.A., no obstante no estar Nextel interconectada con la red portadora local de dicha empresa.

⁸⁸ Hasta la entrada en vigencia del Mandato N° 001-2003-CD/OSIPTEL de fecha 31 de enero de 2003, en el que se estableció la interconexión entre las redes de servicios móviles de Tim y Nextel, la interconexión de dichas redes fue a través de servicio de transporte conmutado brindado por Telefónica, sin que existiera ningún acuerdo válido entre Tim y Nextel, por lo que las condiciones económicas que rigieron dicha relación de interconexión fueron las establecidas en la relación de interconexión de dichas empresas con Telefónica. Adicionalmente, debe indicarse que aunque las partes acordaron un cargo de acceso para su relación de interconexión indirecta a través del tránsito prestado por Telefónica mediante las cartas N° GL-1019/01 de Nextel y GMR/CE/N°624/01 de Tim, dicho acuerdo nunca fue aprobado por OSIPTEL, y por lo tanto, no es válido, de acuerdo con el artículo 36° del Reglamento de Interconexión, actualmente 44° del TUO de las Normas de Interconexión.

⁸⁹ Lo señalado por el Consejo Directivo de OSIPTEL en la Resolución N°044-2003-CD/OSIPTEL, confirma esta posición: **"(...)debe considerarse que el Mandato de Interconexión impugnado resulta aplicable únicamente a la interconexión entre Nortek y Bellsouth a través del transporte conmutado brindado por Telefónica y no con el transporte conmutado que otro operador le pueda brindar a Nortek para la conexión con las redes de Bellsouth."** (Numeral 3, del Punto IV de la Resolución N° 044-2003-CD/OSIPTEL). Es decir, de acuerdo con lo expresado por el Consejo Directivo la normativa permite que una empresa establezca más de una vía para la interconexión de sus redes.

⁹⁰ Adicionalmente, en el caso de interconexión vía transporte conmutado cuando no media acuerdo de liquidación entre las empresas a interconectarse – como en la interconexión de Tim y Nextel a través del transporte conmutado prestado por Bellsouth -, el artículo 5° de las Normas Complementarias, actualmente artículo 22° del TUO de las Normas de Interconexión, permite a las empresas portadoras

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

permitiéndose negar la interconexión por supuestos diferentes a los expresamente establecidos.⁹¹

164. En efecto, de acuerdo con el artículo 112° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones:

“La empresa a la que se solicita la interconexión queda relevada de su obligación de negociar o celebrar un contrato de interconexión en caso que:

- 1. La interconexión no esté contemplada por la Ley o sus reglamentos.*
- 2. Cuando a juicio del OSIPTEL, se ponga en peligro la vida o seguridad de las personas o se cause daño a las instalaciones y equipos de la empresa a la que se le solicita la interconexión.*
- 3. Cuando las conclusiones técnicas existentes no sean adecuadas. En este caso OSIPTEL podrá señalar un plazo prudencial para que el concesionario que brinda las facilidades de interconexión, haga las previsiones técnicas del caso con las especificaciones de calidad que se requiera”.*

165. De otro lado, con relación a lo señalado por Nextel respecto al envío por parte de Bellsouth de ANI de su red de Telefonía Móvil, corresponde realizar las siguientes precisiones respecto al objetivo y alcances de la obligación de las empresas interconectadas de enviar el ANI en los casos de interconexión indirecta cuando no media acuerdo de liquidación entre las empresas que se encuentran en los extremos.

166. De acuerdo con lo señalado en el artículo 8° de las Normas Complementarias, actualmente el artículo 37° del TUO de las Normas de Interconexión, y en la Exposición de Motivos de las Normas Complementarias, las empresas operadoras están obligadas a enviar el ANI a fin de que sea posible identificar el origen de las llamadas para efectos de la conciliación y liquidación de sus tráficos:

Artículo 8° de las Normas Complementarias, actualmente artículo 37° del TUO de las Normas de Interconexión: *“En el caso que sea inherente al servicio el número del*

negar la interconexión ante la falta de otorgamiento de garantías suficientes por la liquidación y recaudación de los cargos de interconexión correspondientes.

⁹¹ En este sentido se ha pronunciado el Consejo Directivo de OSIPTEL en la Resolución N° 044-2003-CD/OSIPTEL, señalando respecto de las causales de excepción de la obligación de interconexión lo siguiente: *“Como se puede apreciar, estas causales se encuentran detalladas claramente y no se puede establecer ninguna adicional distinta por la vía del mandato de interconexión.*

En este sentido, en la normativa de interconexión vigente no se ha previsto expresamente que la existencia de una deuda del solicitante de la interconexión al solicitado, constituya una causal para la negativa a la negociación o la suscripción de un contrato de interconexión.

Por tal motivo, este Consejo Directivo considera que BellSouth se encuentra legalmente obligada a otorgar la interconexión a Nortek.”.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

abonado que origina la llamada, su envío es obligatorio entre las empresas interconectadas y no genera cargo específico alguno.”

Exposición de Motivos de las Normas Complementarias: *“De conformidad con lo establecido en los numerales 50, 51 y 52 de los Lineamientos de Apertura (1), el envío del número de abonado que origina la llamada (también conocido como número “A”) es obligatorio, al formar parte de la información necesaria para que quienes solicitan interconexión puedan facturar.*

Adicionalmente, debe considerarse que, por un lado, el envío del número “A” es necesario para fines de conciliación de liquidaciones de tráfico y, por otro, que dicha provisión de información, es recíproca y de interés de ambas partes.

Por otro lado, el numeral 52 de los Lineamientos de Apertura, al referirse a que la terminación de llamada incluye *“la conmutación e información de **señalización y tasación necesarias**...”* evidencia que dichos costos (entre los cuales se encuentra la provisión del número “A”) se encuentran incluidos en el cargo por terminación de llamada.

En función de lo anterior, OSIPTEL establece en las normas complementarias que, de ser inherente al servicio a interconectar, el envío del número “A” es obligatorio y no genera cargo alguno.” (El resaltado es nuestro).

167. En los casos de interconexión indirecta, salvo que medie un acuerdo de liquidación entre las empresas a interconectarse vía transporte conmutado⁹², la conciliación y la liquidación de cargos no se realiza entre la empresa que solicita la interconexión (Empresa A) y la empresa con la cual se interconecta (Empresa C), sino entre esta última y la empresa que presta el transporte conmutado (Empresa B).
168. En dicho supuesto de interconexión, los cargos de acceso o sistemas alternativos aplicables, son los que la Empresa B tiene pactados con la Empresa C, siendo además la Empresa B quien asume el pago de los cargos de acceso generados por la terminación u originación del tráfico por parte de la Empresa A según corresponda.
169. Por tal motivo, a fin de que la Empresa C pueda determinar los cargos de acceso o el sistema alternativo aplicable al tráfico de la Empresa A cursado a través del tránsito, y pueda conciliarlo y liquidarlo, debe contar con información que le permita relacionarlo con la Empresa B y no con la Empresa A con la cual no tiene acuerdo de liquidación alguno, ni cargo de acceso o sistema alternativo acordado.
170. En tal sentido, en dicho escenario de interconexión, es el ANI de la Empresa B y no el ANI de la Empresa A el que constituye información necesaria para la

⁹² Las empresas de los extremos (Empresas A y C) pueden celebrar acuerdos estableciendo un cargo de interconexión y el pago directo entre dichas empresas. En este caso, la Empresa B simplemente entrega el tráfico y cobra su cargo por transporte conmutado sin asumir ninguna obligación frente a la Empresa C, y por lo tanto en este supuesto no se requiere del otorgamiento de garantía alguna por parte de la Empresa A como condición para la interconexión.

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL

conciliación y liquidación del tráfico, y por lo tanto, es esta información la que debe ser enviada en cumplimiento del artículo 8° de las Normas Complementarias, actualmente artículo 37° del TUO de las Normas de Interconexión.

171. Por lo tanto, conforme con lo expuesto, el envío por parte de Bellsouth de las llamadas de Tim con un ANI de su red de Telefonía Móvil, es consecuencia de la interconexión indirecta sin acuerdo de liquidación existente entre Nextel y Tim y constituye el cumplimiento de la obligación establecida en los artículos citados en el párrafo precedente, en tanto le permite a Nextel determinar el régimen económico aplicable a dicho tráfico y, a partir del 12 de octubre, identificar el tráfico para efectos de la conciliación, liquidación y pago de los montos generados.
172. En virtud de lo antes expuesto, el Tribunal de Solución de Controversias considera que, de acuerdo con la normativa vigente, la terminación de las llamadas originadas en la red del servicio de Comunicaciones Personales (PCS) de TIM, en la red de Servicio Troncalizado de Nextel que viene efectuando Bellsouth, se enmarca dentro de su obligación de interconexión indirecta como operador del servicio portador local.
173. Al encontrarse regulada la conducta de Bellsouth como el cumplimiento de su obligación de interconexión indirecta, resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 12° del Reglamento de OSIPTEL, recogido por los Lineamientos de Competencia Desleal:

Artículo 12° del Reglamento de OSIPTEL: “Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.”

Lineamientos de Competencia Desleal: “La aplicación de las normas de competencia al mercado de telecomunicaciones tiene carácter supletorio frente a la regulación especial. En consecuencia, siguiendo el principio de supletoriedad, OSIPTEL sólo aplicará las normas de competencia desleal si no existe norma especial del sector de telecomunicaciones que regule expresamente la materia controvertida.

Así por ejemplo, si la regulación del sector contempla la obligación del concesionario de ofrecer determinada información al usuario final de un servicio de telecomunicaciones, no será necesario evaluar si se trata de un supuesto de engaño por omisión de entrega de información según las normas de competencia desleal, aplicándose directamente la regulación especial.”

174. Por lo tanto, en virtud del principio de supletoriedad de las normas de competencia, no corresponde analizar la conducta de Bellsouth según las normas de competencia desleal por encontrarse dicha conducta regulada por la normativa en materia de interconexión.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar infundadas las nulidades deducidas por Nextel del Perú S.A. contra la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL.

Artículo Segundo.- Confirmar la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL, en el extremo que declaró fundada en parte la demanda de Bellsouth Perú S.A y declara que el Contrato de Interconexión que regula la interconexión de las redes de servicios móviles de Bellsouth Perú S.A. y Nextel del Perú S.A. se adecuó al sistema de cargos de interconexión el 12 de octubre de 2002.

Artículo Tercero.- Confirmar la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL en el extremo que impuso a Nextel del Perú S.A. una multa ascendente a 151 UIT por infracción a los artículos 36° y 37° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, modificado por Resolución N° 048-2001-CD/OSIPTEL.

Artículo Cuarto.- Confirmar la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL en el extremo que declaró fundada en parte la demanda de Bellsouth Perú S.A. en lo relativo al pago de los montos devengados y ordenó a Nextel del Perú S.A. conciliar y liquidar con Bellsouth Perú S.A. los tráficos cursados desde el 12 de octubre del año 2003, así como cancelar los montos que correspondan, de conformidad con el Acuerdo de Liquidación, Facturación y Pagos entre las redes de Telefonía Fija, Móvil, Larga Distancia y Terminales de Uso Público de Bellsouth Perú S.A. con la red de Servicio Móvil Troncalizado de Nextel del Perú S.A. de fecha 18 de setiembre de 2002, aprobado por OSIPTEL mediante Resolución N° 072-2003-GG/OSIPTEL; y denegar la solicitud de Bellsouth Perú S.A. relativa a que el Tribunal determine los montos adeudados.

Artículo Quinto.- Confirmar la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL en el extremo que declaró infundada la demanda de Bellsouth Perú S.A. en lo relativo al pago de intereses por los montos devengados.

Artículo Sexto.- Confirmar la Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL en el extremo que declaró infundada la reconvencción de Nextel del Perú S.A.

Con el voto favorable de los señores vocales: Luz María del Pilar Freitas Alvarado, Luis Alberto Maraví Sáez, Dante Mendoza Antonioli y Juan Carlos Valderrama Cueva.

DANTE MENDOZA ANTONIOLI
Presidente

Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL