

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 003-2004-CCO-ST/IX
PARTES : System One World Communication Perú S.A. (**System One**)
contra Telefónica del Perú S.A.A. (**Telefónica**)
MATERIA : Interconexión.
APELACIÓN : Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL, que declaró infundada la demanda de System One, improcedente la solicitud de Telefónica y ordenó dar inicio a un procedimiento sancionador en contra de System One.

SUMILLA: Declarar infundada la apelación interpuesta por System One World Communication Perú S.A. en todos sus extremos y confirmar la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL en los extremos en que fue apelada.

Lima, 2 de marzo del año 2005.

VISTOS:

El cuaderno de apelación del Expediente N° 003-2004-CCO-ST/IX.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 31 de julio del año 2000, Telecomunicaciones Andinas S.A. (actualmente, System One) y Telefónica suscribieron un contrato de interconexión mediante el cual se estableció la interconexión de la red del servicio portador de larga distancia nacional e internacional de Telecomunicaciones Andinas (System One) con la red del servicio de telefonía fija local y de larga distancia de Telefónica. Posteriormente, el 26 de setiembre del mismo año, se aprobó dicho contrato mediante Resolución N° 126-2000-GG/OSIPTEL (en adelante, el Contrato de Interconexión).
2. El 7 de junio del año 2003, se publicó la Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL que aprobó el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión (en adelante, TUO de las Normas de Interconexión), incorporando en un solo texto todas las disposiciones normativas vigentes en materia de interconexión, entre ellas, la Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

Resolución Nº 004-2005-TSC/OSIPTEL

3. El 18 de diciembre del año 2003, se publicó la Resolución Nº 113-2003-CD/OSIPTEL¹ que modificó las reglas aplicables al procedimiento de liquidación, facturación y pago; así como, las reglas aplicables a la suspensión de la interconexión por falta de pago contenidas en el TUO de las Normas de Interconexión.
4. El 14 de enero del año 2004, Telefónica remitió a System One la Carta Nº GGR-107-A-020/IN-04, en la que solicitó la adecuación a los procedimientos regulados por la Resolución Nº 113-2003-CD/OSIPTEL.
5. El 29 de enero del año 2004, System One presentó una demanda ante OSIPTEL en contra de Telefónica solicitando que: (i) se ordene a Telefónica el cumplimiento de los procedimientos de liquidación, facturación, pago y suspensión de la interconexión, previstos en el Contrato de Interconexión, ordenándosele se abstenga de aplicar el procedimiento del TUO de las Normas de Interconexión modificado por la Resolución Nº 113-2003-CD/OSIPTEL; (ii) se deje sin efecto la Carta GGR-107-A-020/IN-04; y, (iii) se ordene a Telefónica abstenerse de llevar a cabo las acciones derivadas del incumplimiento de los plazos establecidos en la Carta GGR-107-A-020/IN-04, en tanto no se resuelva la presente controversia.
6. El 10 de febrero del año 2004, el Cuerpo Colegiado encargado de conocer la presente controversia (en adelante, el Cuerpo Colegiado) emitió la Resolución Nº 001-2004-CCO/OSIPTEL, mediante la cual admitió a trámite la demanda presentada por System One y declaró que este procedimiento sería tramitado como un procedimiento que no versa sobre la comisión de una infracción, en la medida que la controversia se originó en una discrepancia entre las partes en relación a la interpretación de lo dispuesto por la Resolución Nº 113-2003-CD/OSIPTEL.
7. El 5 de febrero del año 2004, los representantes de Telefónica y System One suscribieron el Primer Addendum a su Contrato de Interconexión, mediante el cual las partes acordaron modificar la cláusula Quinta del Anexo III de dicho Contrato de Interconexión.
8. El 12 de febrero del año 2004, los representantes de Telefónica y System One suscribieron el Segundo Addendum a su Contrato de Interconexión, por medio del cual las partes acordaron modificar el numeral 3 del Anexo I.C y el numeral 2.2 del Anexo I.F. del Contrato de Interconexión.

¹ Cabe señalar que esta norma, a su vez, ha sido modificada. El 2 de abril del año 2004, se publicó la Resolución Nº 031-2004-CD/OSIPTEL que modificó la Disposición Transitoria Única de la Resolución Nº 113-2003-CD/OSIPTEL, señalando la aplicación del procedimiento de suspensión de la interconexión por falta de pago a aquellas deudas que adquieran la calidad de vencida y exigible con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la citada resolución.

Resolución Nº 004-2005-TSC/OSIPTEL

9. El 27 de febrero del año 2004, Telefónica contestó la demanda. Sus principales argumentos fueron los siguientes:

- El artículo 62º de la Constitución Política del Perú de 1993² (en adelante, la Constitución) se refiere al Principio de Santidad de los Contratos, que busca evitar la modificación de las reglas bajo las cuales contratan los privados y que no es aplicable en toda su extensión al ámbito de los mercados regulados en los que la igualdad y la libertad jurídica se encuentran subordinadas al interés público .
- Dicho artículo no prohíbe que el ordenamiento jurídico imponga reglas o establezca limitaciones al contenido de los contratos, conforme dispone el artículo 1355º del Código Civil³. Tampoco proscribe la posibilidad que ese mismo ordenamiento establezca *ex ante* que los contratos deben sujetarse a la aprobación de la autoridad administrativa y que ésta pueda modificar las condiciones en las que éstos se desenvuelven.
- Tan claro es lo afirmado anteriormente, que fue la propia System One la que consintió expresamente en lo establecido en el artículo 2º de la Resolución 126-2000-GG/OSIPTEL que dispuso de un modo que no admite duda que: ***“los términos de la presente relación de interconexión se adecuarán a las disposiciones que sobre la materia dicte OSIPTEL, de ser el caso”*** (el resaltado es de Telefónica).
- La libertad de contratar y contractual, no se verifican a plenitud en el ámbito de la interconexión, en la medida que ésta es obligatoria y que “los términos acordados por las partes en el contrato de interconexión pueden ser observados, modificados o revocados por el ente regulador”.
- En ese sentido, la obligación de adecuar los términos contractuales a las normas emitidas por OSIPTEL comprende las que el regulador emitiera al momento de celebración del contrato de interconexión, así como las que dictara con posterioridad; por ser la interconexión de interés público, de acuerdo con los artículos 7º del Decreto Supremo Nº 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, TUO de la Ley de Telecomunicaciones)⁴ y 106º del Decreto Supremo Nº

² “Artículo 62º.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

³ “Artículo 1355º.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

⁴ “Artículo 7.- La interconexión de las redes y los servicios públicos de telecomunicaciones es de interés público y social”.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

- 06-94-TCC, Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones)⁵.
- Con una disposición como la que define la facultad normativa del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL) dentro del Reglamento General de OSIPTEL⁶, System One no puede afirmar que OSIPTEL no se encuentra facultado a promulgar normas que establezcan obligaciones para los administrados derivadas de su relación de interconexión.
 - Por otro lado, los numerales 5º y 9º de la cláusula decimocuarta del Contrato de Interconexión obligan a aplicar las normas modificatorias del Reglamento de Interconexión (actualmente, TUO de las Normas de Interconexión).
 - En consecuencia, Telefónica actuó dentro del marco normativo sectorial cuando envió la Carta GGR-107-A-020/IN-04 a System One, comunicando la decisión de acogerse a los procedimientos establecidos en la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL.
 - Telefónica consideró que la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL constituía una mejor práctica en razón de la posibilidad de contar con garantías y plazos más expeditivos y menos onerosos para las partes. Respecto a los retrasos alegados por System One, indicó que éstos son imputables también a dicha empresa.
 - Finalmente, no existe en la carta de adecuación ningún vicio formal que acarree su invalidez, debido a que la funcionaria que firmó dicha carta tenía poderes de representación para remitir la comunicación notarial de acogimiento.

Adicionalmente, Telefónica planteó reconvencción de la demanda⁷.

⁵ “Artículo 106.- La interconexión de las redes de los servicios públicos de telecomunicaciones entre sí, es de interés público y social y, por tanto, es obligatoria. La interconexión es una condición esencial de la concesión”.

⁶ Hace referencia al artículo 23º del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL:

“Artículo 23º.- Definición de función normativa

La función normativa permite al OSIPTEL dictar de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos podrán definir los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y de éstas con los usuarios.

Asimismo, comprende la facultad de dictar mandatos y normas de carácter particular; referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios”.

⁷ Mediante Resolución N° 004-2004-CCO/OSIPTEL, emitida el 18 de marzo del año 2004, el Cuerpo Colegiado resolvió tener por admitida la primera pretensión planteada por Telefónica en su escrito de reconvencción referida a que se declare que System One actuó de mala fe al iniciar la controversia, teniendo como pretensión accesoria la sanción a System One por las infracciones cometidas. En virtud de ello, actualmente, en primera instancia se sigue un procedimiento administrativo sancionador en contra de System One. Por una cuestión de orden, se ha optado por omitir los argumentos y/o pronunciamientos que respecto de dicho procedimiento se han vertido en los escritos y actos administrativos emitidos, salvo que sea necesario.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

10. El 6 de abril del año 2004, System One, mediante escrito N° 3 que absolvió traslado de la contestación de Telefónica, manifestó lo siguiente:

- OSIPTEL no incluyó en el Reglamento de Interconexión⁸ el compromiso de los operadores involucrados en el contrato de interconexión de adecuar el contrato durante su vigencia y ejecución a las disposiciones y pronunciamientos que dicte OSIPTEL.
- El artículo 23º del Reglamento General del OSIPTEL que define la función normativa de OSIPTEL señala que la misma se desarrolla dentro del ámbito de su competencia, constituyendo límites a dicha competencia, las normas vigentes *ex ante* a la celebración del contrato de interconexión, el Principio de Negociación Supervisada, el artículo 7º del TUO de las Normas de Interconexión⁹ y el artículo 62º de la Constitución.
- Respecto a la Cláusula Decimocuarta, con relación: i) al numeral cinco, el TUO de las Normas de Interconexión no modifica el Reglamento de Interconexión sino que lo deroga; y, ii) al numeral nueve, se refiere a las disposiciones de aplicación inmediata a las relaciones de interconexión, es decir, que no requieran un procedimiento de modificación del contrato.
- Finalmente, la firma de dos adendas suscritas por el gerente general de Telefónica, constituye el acuerdo de ambas partes que todas las cláusulas del Contrato de Interconexión mantienen plena vigencia y, por tanto, también los procedimientos establecidos en el Contrato de Interconexión.

11. El 7 de mayo del año 2004, el Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 007-2004-CCO/OSIPTEL consideró que los puntos controvertidos para el presente procedimiento eran los siguientes:

“Determinar si Telefónica ha incumplido el Contrato de Interconexión celebrado con System One, al adecuar unilateralmente los procedimientos para la liquidación, facturación, pago y suspensión previstos en su relación de interconexión, a los procedimientos establecidos en el texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, modificado por la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL, y en su caso, si incumplió con las formalidades previstas para la aplicación de dicha norma.

(...)”¹⁰.

⁸ Específicamente, se refirió al artículo 41º del Proyecto del Reglamento de Interconexión. Si bien formó parte de la Exposición de Motivos de la Resolución N° 066-97-PD/OSIPTEL (Proyecto del Reglamento de Interconexión), no fue incorporado en el texto final del Reglamento de Interconexión aprobado por Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL.

⁹ “Artículo 7.- Los contratos de interconexión deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia. Su ejecución debe realizarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes”.

¹⁰ “(…)”

Asimismo, en el supuesto que el Cuerpo Colegiado Ordinario considere infundada la demanda de System One, se procederá al análisis del siguiente punto controvertido, basado en la reconvencción planteada por Telefónica:

Determinar si System One ha actuado de mala fe al iniciar la presente controversia con la única intención de utilizar indebidamente la protección del artículo 23º del Reglamento de Controversias”.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

12. El 23 de junio del año 2004, el Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 012-2004-CCO/OSIPTEL, entre otras consideraciones, admitió como medios probatorios ofrecidos la primera y segunda adendas al Contrato de Interconexión.
13. El 18 de agosto del año 2004, System One y Telefónica presentaron sus respectivos alegatos.
14. El 7 de setiembre del año 2004, en relación a los alegatos presentados por System One, Telefónica mediante escrito N° 10, manifestó que la relación de interconexión con System One no se adecuó a otras normas sobre cargos de interconexión¹¹ por adecuación automática a condiciones más favorables pactadas con terceros, sino porque el artículo 2º de la Resolución 126-2000-GG/OSIPTEL y la Cláusula Decimocuarta del propio Contrato de Interconexión establecen la obligación de adecuación a las disposiciones que emita OSIPTEL. Es más, en el presente caso, no existe contrato celebrado entre Telefónica y un tercer operador cuyos menores cargos pudieran haber sido adecuados a la relación de interconexión establecida con System One.
15. El 5 de noviembre del año 2004, el Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL, resolvió lo siguiente:
 - (i) Infundada en todos sus extremos la demanda interpuesta por System One.
 - (ii) Declaró que los procedimientos establecidos en la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL son aplicables a la relación de Interconexión entre System One y Telefónica desde el día 14 de enero del año 2004.
 - (iii) Declaró improcedente la solicitud de Telefónica de ordenar el pago de costas y costos a System One.
 - (iv) Ordenó a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador a System One por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 50º del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL.

El Cuerpo Colegiado sustentó su decisión en los siguientes fundamentos:

- El Contrato de Interconexión cuenta con características especiales al celebrarse dentro del ámbito de un mercado regulado, lo cual es compatible con el artículo 62º de la Constitución, en la medida que la facultad normativa de OSIPTEL se encuentra establecida previamente a la existencia de dichos contratos.

¹¹ Las resoluciones sobre cargos de interconexión a las que se hace referencia son las siguientes: Resolución N° 061-2000-CD/OSIPTEL de fecha 30 de noviembre del año 2000, Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL de fecha 27 de junio del año 2001 y Resolución N° 018-2003-CD/OSIPTEL de fecha 24 de marzo del año 2003.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

- Si bien no fue recogida en la versión definitiva del Reglamento de Interconexión¹², la disposición que establecía que el Contrato de Interconexión contendría el compromiso de los operadores involucrados de que el mismo se adecuaría durante su vigencia a las disposiciones de OSIPTEL¹³ dicho Reglamento debe ser interpretado en concordancia con las normas¹⁴ que otorgan a OSIPTEL facultades para regular las relaciones de interconexión.
- De acuerdo al artículo 7° del TUO de las Normas de Interconexión, las partes pueden pactar modificaciones de los términos contractuales, ello no implica una limitación a la potestad de OSIPTEL para dictar normas de carácter general que regulen la ejecución de las relaciones de interconexión, considerando las características del mercado regulado de las telecomunicaciones¹⁵.
- Más aún, es posible colegir que las alegaciones de System One son contradictorias con su propia conducta, en virtud de las adecuaciones de su relación con Telefónica a los cargos de interconexión fijados por Resolución N° 061-2000-CD/OSIPTEL, Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL y Resolución N° 018-2003-CD/OSIPTEL, considerando que en dichos casos no ha sido probado que la adecuación procedió debido a la existencia previa de condiciones más favorables pactadas con terceros operadores.
- El Contrato y la Relación de Interconexión no coexisten, sino que la una es el resultado de la otra; de acuerdo a ello, durante la ejecución del contrato, lo único que es susceptible de ser modificado o regulado es la relación de interconexión. En tal sentido, cualquier acuerdo de las partes o disposición de carácter general de OSIPTEL será susceptible de regular la relación de interconexión y no el contrato.
- El artículo 2° de la Resolución N° 126-2000-GG/OSIPTEL, constituye una disposición estándar en las resoluciones que aprueban los Contratos de Interconexión, asegura la vigencia de las normas del marco regulatorio vigente haciendo explícita la obligación de ajustarse a las disposiciones del OSIPTEL. Al respecto, la expresión “de ser el caso” está referida a los alcances de los pronunciamientos de carácter general que pudiese dictar OSIPTEL, en el sentido de ser de carácter imperativo o dispositivo.
- La Matriz de Comentarios de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL sustentó el cambio de posición en relación con el Proyecto, en el sentido de eliminarse el requisito de contar con el consentimiento de la otra parte; de lo contrario, dicho requisito haría inaplicable la norma pues el potencial deudor no tendría incentivos para aceptar dicha adecuación.

¹² Aprobado por Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL.

¹³ Exposición de Motivos de la Resolución N° 066-97-PD/OSIPTEL

¹⁴ Artículo 72° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, artículo 109° y artículo 130° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, artículo 8° de la Ley N° 26285, Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y artículo 46° del TUO de las Normas de Interconexión. E incluso, los propios contratos de concesión celebrados por las empresas operadoras.

¹⁵ Respecto a las características del mercado regulado de las telecomunicaciones, ver: punto 2.1. referido al Régimen jurídico de la Interconexión en el Perú, desarrollado en la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

- La regla establecida por la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL para los contratos de interconexión (en los que se hubiesen pactado los procedimientos de liquidación, facturación, pago y suspensión de la interconexión), tenía un elemento dispositivo, al otorgar la facultad a una de las partes de considerar que dichos procedimientos constituían una práctica más favorable y comunicárselo a su contraparte; sin embargo de un análisis literal de las disposiciones de la Resolución, se desprende que el elemento dispositivo de la norma no está referido, como señala System One, a la aplicación de la misma en defecto del acuerdo de partes.
 - La Carta N° GGR-107-A-020/IN-04 remitida por Telefónica a System One surtió plenos efectos jurídicos, en la medida que la persona que firmó dicha carta estaba facultada para representar a Telefónica ante terceras empresas operadoras y para dar cumplimiento a las disposiciones emitidas por el regulador. Además, Telefónica habría ratificado el contenido de dicha Carta en reiteradas oportunidades.
 - La correcta interpretación de lo dispuesto por la primera y segunda adenda lleva a concluir que éstas modificaron la relación contractual sobre la base de las modificaciones realizadas previamente, dentro de las cuales se encuentra la adecuación de dicha relación de interconexión a las disposiciones de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL.
 - Resulta improcedente la solicitud de costos y costas en virtud a lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Legislativo 807, Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPÍ¹⁶ (aplicable al procedimiento de Solución de Controversias), que establece la posibilidad de ordenar el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante, no previendo la posibilidad de condenar a dicho pago a favor del demandado.
 - Finalmente, señaló que existían elementos suficientes que permitirían concluir, de manera preliminar, que System One interpuso una demanda a sabiendas de la falta de sustento de sus afirmaciones, con el objeto de beneficiarse indebidamente de la aplicación del artículo 23° del Reglamento de Solución de Controversias.
16. El 10 de noviembre del año 2004, mediante escrito N° 13, Telefónica solicitó la aclaración de la Resolución N° 022-2004-COO/OSIPTEL por considerar que dicha resolución podría generar interpretaciones contradictorias.

¹⁶ "Artículo 7.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del Artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716. Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda".

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

17. El 15 de noviembre del año 2004, el Cuerpo Colegiado, en respuesta a la solicitud de aclaración de Telefónica, mediante Resolución N° 023-2004-COO/OSIPTEL, señaló que aún en el supuesto de ser impugnada la Resolución N° 022-2004-COO/OSIPTEL debía surtir plenos efectos; y que ello no significaba la pérdida de vigencia del artículo 23° del Reglamento de Solución de Controversias¹⁷.
18. El 22 de noviembre del año 2004, System One presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL. Los argumentos que sustentaron su apelación fueron los siguientes:
 - Los contratos buscan tener ciertos efectos los cuales son producidos en la relación jurídica que genera; entonces, si se opta por modificar las relaciones jurídicas por medio de normas, se atentaría contra la voluntad de las partes. Ello, resulta contraproducente con la Seguridad Jurídica.
 - En el mismo sentido, el artículo 62° de la Constitución establece que “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”.
 - Así también, a fin que no se vulnere nuestro derecho constitucional a la libertad de contratar contenido en el artículo 2° inciso 14 de la Constitución, Telefónica no deberá modificar inconsultamente y en contra de nuestra voluntad el contrato mantenido con ésta. Lo preceptuado en la Constitución guarda estrecha relación con los artículos 1351° y 1352° del Código Civil¹⁸.
 - Cuestionó el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la adecuación, señalando que la solicitud de adecuación de Telefónica comunicada mediante la Carta GGR-107-A-020/IN-04 requiere de una expresa aceptación o negativa por parte de System One. Además que, no resulta ser una mejor práctica si tomamos en consideración que Telefónica nunca fue capaz de liquidar y facturar los cargos de interconexión dentro de los plazos previstos en el contrato de interconexión, no habiendo sustentado la mejor práctica que le brinda esta adecuación respecto a los establecidos en el contrato. Finalmente, reiteró el cuestionamiento a los poderes de la persona que firmó la carta de adecuación.

¹⁷ “Artículo 23°.- Corte o suspensión del servicio. Ninguna de las partes puede proceder al corte o suspensión del servicio o facilidad del servicio de telecomunicaciones correspondiente por fundamentos vinculados al objeto de la controversia. El incumplimiento de lo establecido en el presente artículo constituye infracción grave”.

¹⁸ “Artículo 1351.-El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

“Artículo 1352.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquéllos que además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

- Una interpretación histórica¹⁹ de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL señala el requerimiento de un acuerdo de ambas partes para que se lleve a cabo la modificación de la relación de interconexión.
- El mismo OSIPTEL en su Exposición de Motivos señaló como: *“procedimientos alternativos a aquellos acordados libremente”* a los procedimientos previstos en la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL, con lo que queda demostrado que dicha Resolución será de aplicación supletoria a los contratos que las partes hubiesen negociado. Aún más siendo que para el específico caso, no existe sujeción o acuerdo previo de las partes para someter a modificación el contrato.

Además, solicitó se le conceda el uso de la palabra.

19. Con fecha 24 de noviembre del año 2004, mediante la Resolución N° 024-2004-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado concedió el recurso de apelación interpuesto por System One y elevó el expediente al Tribunal de Solución de Controversias.
20. El 25 de noviembre del año 2004, mediante escrito N° 14, Telefónica indicó que al contar con una autorización expresa por parte del Cuerpo Colegiado²⁰ (notificación de la medida cautelar que declaró que Telefónica tenía el derecho expedito de suspender la interconexión a System One), había procedido a la suspensión del mismo, cumpliendo con los requisitos previstos para tal efecto en la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL.
21. El 10 de diciembre del año 2004, Telefónica contestó el recurso de apelación presentado por System One, en los siguientes términos:
 - El escrito de apelación interpuesto por System One es improcedente, debido a que: i) no ha sido fundamentado, ii) no indica el tipo de error en que habría incurrido la resolución; y, iii) no ha sustentado su pretensión impugnatoria.
 - La normativa constitucional impide la modificación posterior de un contrato previamente celebrado, pero no prohíbe que *ex ante* el ordenamiento imponga limitaciones al contenido de los contratos conforme al artículo 1355° del Código Civil. Es el caso de los contratos de interconexión respecto de la modificación de las condiciones de la autoridad administrativa.

¹⁹ En referencia al Proyecto que modificaba el TUO de las Normas de Interconexión (Resolución N° 068-2003-CD/OSIPTEL), el cual señalaba lo siguiente: *“Para su aplicación el operador solicitado deberá otorgar su consentimiento de forma expresa y por escrito”*.

²⁰ Telefónica señala como autorización, la medida cautelar antes del proceso (con referencia al procedimiento administrativo sancionador) que dictara de oficio el Cuerpo Colegiado, revocada posteriormente por el Tribunal de Solución de Controversias, mediante Resolución N° 001-2005-TSC/OSIPTEL.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

- A la fecha, Telefónica viene aplicando los nuevos procedimientos en sus demás relaciones de interconexión, sin ningún contratiempo.
 - En cuanto a los aspectos formales de la carta que solicita la adecuación, reiteró que la gerente de regulación cuenta con poderes específicos de actuación para el presente caso.
22. Adicionalmente, Telefónica se adhirió a la apelación de System One impugnando la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL, bajo los siguientes argumentos:
- La Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL tiene un vicio de nulidad parcial al haber omitido pronunciarse sobre el pedido de Telefónica para que autorice a la misma a suspender la interconexión a System One²¹.
 - Se solicita la declaración del derecho expedito de Telefónica a suspender y/o mantener la suspensión de la interconexión con System One, como fuera solicitado en su oportunidad.

Asimismo, solicitó se le conceda el uso de la palabra.

23. El 19 de enero del año 2005 venció el plazo para que System One presentara la contestación a la adhesión de la apelación presentada por Telefónica, sin que System One presentara dicho escrito de contestación.
24. El 24 de enero del año 2005, el Tribunal de Solución de Controversias emitió la Resolución N° 002-2005-TSC/OSIPTEL por la cual otorgó el uso de la palabra a System One y a Telefónica, llevándose a cabo el informe oral el 9 de febrero del año 2005, contando con la presencia de los representantes de ambas partes.

II. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

2.1 Respetto del recurso de apelación: Procedencia de la apelación presentada por System One.

25. Telefónica ha señalado en su escrito N° 15, con el que absolvió la apelación presentada por System One, que el recurso de apelación presentado por System One no cumple los requisitos establecidos en el artículo 209° de la Ley del Procedimiento Administrativo General²² y el artículo 366° del Código

²¹ Fundamentó su solicitud en los artículos 5.4, 147.1, 10°, 13.2. de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

²² "Artículo 209°.- Recurso de apelación:

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico".

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

Procesal Civil²³; y que por lo tanto, dicho recurso debería declararse improcedente.

26. Telefónica sustentó su solicitud de improcedencia argumentando que System One no fundamentó su escrito de apelación, no señaló el error de hecho o de derecho en que habría incurrido la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL y, no sustentó su pretensión impugnatoria.
27. Al respecto, como lo ha hecho en anteriores oportunidades²⁴, el Tribunal considera necesario citar los artículos 211° y 113° numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los que establecen lo siguiente:

“Artículo 211°.- Requisitos del recurso:

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 113° de la presente Ley. Debe ser autorizado por letrado”.

“Artículo 113°.- Requisitos de los escritos:

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

(...)

2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.”

28. De acuerdo a los artículos antes citados, no es requisito para la procedencia de la apelación incluir los fundamentos de derecho en los cuales ésta se basa, siendo suficiente con la expresión concreta de lo pedido y los fundamentos de hecho en los que se sustenta.
29. Al respecto, System One ha señalado expresamente su disconformidad con el Artículo Primero y Tercero de la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL, que declaró infundada en todos sus extremos la demanda interpuesta por la propia System One, reformulando y añadiendo argumentos que cuestionan la aplicación de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL a su Contrato de Interconexión; así como el cumplimiento por parte de Telefónica de los requisitos previstos para su aplicación.
30. La propia Telefónica reconoce la alegación de fundamentos de hecho contenidos en el recurso de apelación presentado por System One, al indicar en su escrito N° 15 lo siguiente: *“En su escrito de apelación, System One se limita a mencionar dos cuestiones de hecho que, desde su punto de vista, justificarían que el Tribunal de Solución de Controversias amparara su recurso impugnativo”.*

²³ “Artículo 366.- Fundamentación del agravio:

El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria”.

²⁴ Resolución N° 036-2003-TSC/OSIPTEL, emitida el 11 de noviembre del año 2003, dentro de la controversia entre Telefónica del Perú S.A.A. y Nortek Communications S.A.C. Asimismo, la Resolución N° 001-2005-TSC/OSIPTEL, emitida el 7 de enero del año 2005 (cuaderno cautelar del presente procedimiento principal).

Resolución Nº 004-2005-TSC/OSIPTEL

31. En ese sentido, el Tribunal de Solución de Controversias considera que el recurso presentado por System One cumple con los requisitos establecidos por las normas antes citadas, y por ello, no corresponde declararlo improcedente.

2.2. Respetto de la Resolución Apelada: Nulidad de la Resolución por omitir pronunciamiento sobre pedido de autorización a Telefónica para que proceda a la suspensión de la interconexión establecida con System One.

32. Telefónica ha señalado en su escrito Nº 15, en el que además se adhirió a la apelación interpuesta por System One contra la Resolución Nº 022-2004-COO/OSIPTEL, que dicha Resolución incurre en un vicio que acarrea nulidad parcial de acuerdo a los artículos 10º y 13.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁵.
33. Al respecto, Telefónica considera que el Cuerpo Colegiado infringió los artículos 5.4. y 147.1. de la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁶ al omitir pronunciarse sobre el pedido de autorización de Telefónica para proceder a la suspensión de la interconexión establecida con System One, contenido en su escrito Nº 10.
34. En efecto, el mencionado escrito Nº 10 presentado por Telefónica, a través del cual básicamente ésta se pronunció sobre los alegatos expuestos por System One, señaló en su parte final: *“tener presente lo expuesto al momento de*

²⁵ “Artículo 10.- Causales de nulidad

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

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma”.

“Artículo 13.- Alcances de la nulidad

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario”.

²⁶ “Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo

5.4. 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 posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor”.

“Artículo 147.- Cuestiones distintas al asunto principal

147.1. Las cuestiones que planteen los administrados durante la tramitación del procedimiento sobre extremos distintos al asunto principal, no suspenden su avance, debiendo ser resueltas en la resolución final de la instancia, salvo disposición expresa en contrario de la ley”.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

resolver y, en su oportunidad, declarar infundada la demanda de System One, autorizando a Telefónica suspender la interconexión”.

35. Cabe indicar que, con fecha 27 de febrero del año 2004, Telefónica en su escrito de contestación a la demanda interpuesta por System One, reconvino planteando como pretensiones principales que: i) declare que System One ha actuado de mala fe al iniciar la presente controversia con la única intención de utilizar indebidamente la protección del artículo 23º del Reglamento de Solución de Controversias; ii) declare que System One, al negarse a entregar cartas fianza para respaldar las deudas, viene incumpliendo disposiciones expedidas por OSIPTEL en materia de interconexión, lo que constituye una conducta ilícita tipificada por el artículo 53º del TUO de las Normas de Interconexión; y, iii) sancione a System One con las multas correspondientes por las infracciones cometidas.

Además, solicitó como pretensión accesoria lo siguiente: se ordene a System One que proceda a dar estricto cumplimiento a lo establecido en los artículos 62-B y 70-A de la Resolución 113-2003-CD/OSIPTEL y que, en consecuencia, cumpla con entregar en su oportunidad a Telefónica cartas fianza que respalden los montos adeudados por dicha empresa o, en su defecto, efectúe el pago de sus deudas, bajo apercibimiento de autorizar a su empresa para llevar adelante la suspensión de la interconexión.

36. De lo anterior, se observa que al solicitar Telefónica, en su escrito N° 10, la autorización para proceder a la suspensión de la interconexión a System One, reiteró lo planteado en un inicio como parte de la pretensión accesoria contenida en el escrito de reconvención a la demanda presentada por System One.
37. En ese sentido, este Tribunal considera necesario remitirse a lo manifestado por el Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 004-2004-CCO/OSIPTEL que admitió a trámite la reconvención de Telefónica, la misma que forma parte de la presente controversia y que en relación a la segunda pretensión principal planteada por Telefónica consistente en que se declare que System One al negarse a entregar cartas fianza para respaldar sus deudas viene incumpliendo las normas de interconexión, resolvió lo siguiente:

“(…)

Artículo Tercero.- *Declarar improcedente la pretensión de Telefónica del Perú S.A.A. referida a que se declare que System One World Communication Perú S.A. al negarse a entregar carta fianza para respaldar sus deudas viene incumpliendo con disposiciones expedidas por OSIPTEL, por los fundamentos expuestos en la sección Considerandos de la presente Resolución. (...).”*

38. En relación a lo anterior, cabe señalar que el Cuerpo Colegiado luego de haber indicado los fundamentos por los cuales declaraba improcedente la segunda

Resolución Nº 004-2005-TSC/OSIPTEL

pretensión principal²⁷, consideró: *“declarar improcedente la pretensión accesorio planteada por Telefónica referida a que se ordene a System One cumplir con entregar en su oportunidad a Telefónica carta fianza que respalden los montos adeudados por dicha empresa en tanto la misma tiene carácter accesorio a la solicitud de que se sancione el incumplimiento de System One en el otorgamiento de garantías”*.

39. Al respecto, si Telefónica hubiese considerado necesario contradecir lo resuelto por el Cuerpo Colegiado, podría haberlo hecho de acuerdo a los artículos 206.2 y 207º de la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁸.
40. En consecuencia, este Tribunal considera que el Cuerpo Colegiado se pronunció sobre el pedido de autorización a Telefónica para que proceda a la suspensión de la interconexión, con ocasión de la admisión de la reconvención planteada por ésta, habiendo caducado el plazo para cuestionar lo resuelto por dicho Cuerpo Colegiado.
41. Telefónica solicitó, a su vez, que conforme a lo argumentado oportunamente, *“se declare su derecho expedito a suspender y/o mantener la suspensión de la interconexión en tanto hayan sido satisfechos los requisitos exigidos por la Resolución Nº 113-2003-CD/OSIPTEL”*.
42. Este Tribunal se atiene a lo antes mencionado, en relación a que Telefónica recibió pronunciamiento a su pedido por parte del OSIPTEL, mediante la Resolución Nº 004-2004-CCO/OSIPTEL.
43. Adicionalmente, el 15 de noviembre del año 2004, el Cuerpo Colegiado mediante Resolución Nº 023-2004-CCO/OSIPTEL²⁹, se pronunció sobre la

²⁷ El incumplimiento de pago de los cargos de interconexión y el incumplimiento en el otorgamiento de garantías, no constituyen infracciones sancionables en el marco de los procedimientos de solución de controversias.

²⁸ “Artículo 206º.- Facultad de contradicción

(...)”

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

(...)”

“Artículo 207.- Recursos administrativos

207.1 Los recursos administrativos son:

a) Recurso de reconsideración

b) Recurso de apelación

c) Recurso de revisión

207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días”.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

continuidad del servicio de interconexión brindado a System One, siendo clara la posición de dicho Cuerpo Colegiado en relación al tema de la suspensión de la interconexión durante la tramitación del presente procedimiento.

44. Este Tribunal concuerda con la posición del Cuerpo Colegiado expresada en la Resolución N° 023-2004-CCO/OSIPTEL. Asimismo, desea precisar que al no haberse solicitado la suspensión de los efectos de la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL durante la tramitación del procedimiento en la presente instancia, lo dispuesto en dicha resolución sigue vigente; es decir, la aplicación de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL. En ese sentido, lo dispuesto en la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL debe aplicarse en concordancia y en estricto respeto con lo establecido en el artículo 23º del Reglamento de Solución de Controversias.
45. Por tanto, la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL no ostenta vicio de nulidad, como lo ha indicado Telefónica en su recurso de apelación.

III. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

46. La cuestión en discusión, consiste en determinar si procede la aplicación de los procedimientos de facturación, liquidación, pago y suspensión establecidos mediante Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL a la relación de interconexión entre Telefónica y System One y señalar si Telefónica cumplió con las formalidades previstas para dichos efectos.
47. Asimismo, es cuestión en discusión, determinar si procede revocar la orden del Cuerpo Colegiado dada a la Secretaría Técnica en relación al inicio de un procedimiento sancionador en contra de System One.

IV. ANÁLISIS

4.1. Procedencia de la aplicación de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL

48. El Tribunal de Solución de Controversias considera necesario analizar cada uno de los elementos que confluyen en la determinación de la aplicación de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL, tomando en cuenta lo señalado por el Cuerpo Colegiado, así como los argumentos vertidos por las partes.

²⁹ Dicha Resolución dio respuesta a una solicitud de aclaración presentada por Telefónica en relación a un extremo de la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL, señaló que si bien el artículo 216º de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que la Resolución Final sea ejecutable, ello no significa que en este caso, cese inmediatamente la vigencia del artículo 23º del Reglamento de Solución de Controversias, norma de carácter general, aplicable a todos los procedimientos de solución de controversias de OSIPTEL.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

4.1.1. Análisis del Contrato de Concesión

49. El artículo 130º del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones³⁰ estableció que el Contrato de Concesión debe ser escrito y contener fundamentalmente, entre otras cosas, el *“compromiso de ajustarse a las normas que dicte OSIPTEL en materia de tarifas; condiciones de uso; cumplimiento de objetivos de calidad del servicio; y reglas de interconexión de servicios”*.
50. Al respecto, este Tribunal resalta el texto del Contrato de Concesión firmado entre System One y el Estado Peruano para la prestación del Servicio Público Portador de Larga Distancia Nacional e Internacional, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 381-99-MTC/15.03, donde se da cumplimiento a lo mencionado en la norma precedente. En efecto, dicho Contrato señaló en su Cláusula Vigésima Primera que: *“(…) LA EMPRESA CONCESIONARIA asume el compromiso de ajustarse a las normas que dicte OSIPTEL sobre reglas de interconexión de servicios”*.
51. En consecuencia, este Tribunal considera que System One reconoció desde un inicio la autoridad de OSIPTEL para establecer nuevas normas en materia de interconexión, constituyendo esta cláusula una aceptación al recorte de la autonomía privada, totalmente compatible con el desenvolvimiento de los agentes en un mercado regulado.

4.1.2. Análisis de la Resolución 126-2000-GG/OSIPTEL

52. La Resolución N° 126-2000-GG/OSIPTEL, que aprobó el Contrato de Interconexión suscrito entre Telefónica y System One, en su artículo 2º, establece que: *“Los términos de la presente relación de interconexión se adecuarán a las disposiciones que sobre la materia dicte OSIPTEL, de ser el caso”*.
53. Al respecto, conviene señalar las disposiciones que hacen referencia directa e indirectamente a la facultad normativa de OSIPTEL en materia de Interconexión.
54. Por un lado, el artículo 72º de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 109º del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones³¹ indican lo siguiente:

“Artículo 72.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, en base a los principios de neutralidad e igualdad de acceso, establecerá las normas a que deben sujetarse los convenios de interconexión de empresas. Estas normas son obligatorias y su cumplimiento de orden público”.

³⁰ Antes, artículo 138º del Decreto Supremo N° 027-2004-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

³¹ Antes, artículo 112º del Decreto Supremo N° 027-2004-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

Resolución Nº 004-2005-TSC/OSIPTEL

“Artículo 109.- Los acuerdos de interconexión deben constar por escrito y deben estar en armonía con los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso. Su ejecución debe realizarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes.

Los contratos de interconexión deben sujetarse a lo establecido por la Ley, al Reglamento, los reglamentos específicos, los planes técnicos fundamentales contenidos en el Plan Nacional de Telecomunicaciones, así como a las disposiciones que dicte el OSIPTEL (...).”

55. Por otro lado, el artículo 8º de la Ley 26285, Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones establece que:

*“Artículo 8.- Las funciones del OSIPTEL son, entre otras, las siguientes:
(...)*

g) Las relacionadas con la interconexión de servicios en sus aspectos técnicos y económicos.”

56. Asimismo, el artículo 46º del TUO de las Normas de Interconexión dispone lo siguiente:

*“Artículo 46.- Los Contratos de Interconexión deberán constar por escrito. Los términos y condiciones de los Contratos de Interconexión serán convenidos entre los operadores de las redes o servicios que se interconecten, sujetándose a tal efecto a las disposiciones de la Ley, del Reglamento General de la Ley, de la presente Norma y demás normas o disposiciones aplicables.
(...)”*

57. Se trata de la facultad normativa que posee el OSIPTEL cuyos efectos abordan los acuerdos propios del sector de las telecomunicaciones, como es el caso de la interconexión.

58. En el análisis del artículo 2º de la Resolución Nº 126-2000-GG/OSIPTEL, se rescata lo señalado por el Cuerpo Colegiado en la Resolución Nº 022-2004-CCO/OSIPTEL en el siguiente sentido: *“Este artículo, que constituye una disposición estándar en las resoluciones que aprueban los Contratos de Interconexión, asegura la vigencia en cada relación de interconexión en particular, de las normas del marco regulatorio vigente en materia de interconexión. En efecto, a través de esta disposición se hace explícita para el Contrato de interconexión que es materia de aprobación, la obligación de ajustarse a las disposiciones que dicte OSIPTEL en ejercicio de las facultades otorgadas por la normativa vigente”.*

59. Asimismo, dicho Cuerpo Colegiado precisó que: *“Esta afirmación resulta de especial relevancia, pues permite concluir que no es la resolución aprobatoria del Contrato de Interconexión como acto administrativo particular, el que crea la obligación para las partes de adecuar su relación de interconexión a las disposiciones que dicte el organismo regulador. Dicha Resolución sólo explicita, para la relación de interconexión en particular que es materia de aprobación, las*

Resolución Nº 004-2005-TSC/OSIPTEL

facultades otorgadas de manera previa por el ordenamiento jurídico a OSIPTEL para regular las relaciones de Interconexión y la obligación de las partes de someter su relación de interconexión a dichas disposiciones, en cuanto les sean aplicables”.

60. Este Tribunal concuerda con lo señalado por el Cuerpo Colegiado, en atención al desenvolvimiento de las empresas en un ámbito regulado, sujeto a restricciones propias del sector de las telecomunicaciones, las cuales tienen sustento en la facultad normativa otorgada a OSIPTEL que es previa a la existencia de cualquier Contrato de Interconexión y, por lo mismo, es compatible con los derechos consagrados en la Constitución, tales como el artículo 62º.
61. Como punto adicional, cabe señalar que en cualquier caso, System One pudo presentar un recurso contra la referida Resolución Nº 126-2000-GG/OSIPTEL ante la Gerencia General de OSIPTEL. Ello se desprende del artículo 82º del TUO de las Normas de Interconexión³², el mismo que nos remite al artículo 206º y siguientes de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

4.1.3. Análisis del Contrato de Interconexión

62. La Cláusula Decimocuarta del Contrato de Interconexión reitera una vez más, la sujeción del Contrato de Interconexión a la futura normativa de OSIPTEL:

“Cláusula 14ta: Ley y Principios aplicables.-

Las partes declaran haber celebrado el presente Contrato de acuerdo a las leyes peruanas y declaran que son de aplicación al mismo las siguientes normas: (...)

5. Reglamento. de Interconexión (Resolución de Presidencia Nº 001-98-CD/OSIPTEL) y demás normas modificatorias y ampliatorias. (...)

9. Otras disposiciones sobre Interconexión y preselección de OSIPTEL, siempre que sean de aplicación a relaciones de interconexión equivalentes a la establecida en virtud del presente Contrato”.

63. Este Tribunal considera que esta cláusula del Contrato de Interconexión señala claramente qué normas son de aplicación a la relación establecida entre las partes.
64. Asimismo, este Tribunal precisa que no es posible oponer frente a la aplicación de la Resolución Nº 113-2003-CD/OSIPTEL, el mecanismo de revisión de contrato, en tanto que OSIPTEL ha evaluado y determinado que este

³² “Artículo 82º.-

(...)

La Gerencia General de OSIPTEL emitirá las resoluciones respecto de la evaluación de los acuerdos de interconexión presentados por las empresas y las demás resoluciones relacionadas con la interconexión. Las resoluciones de la Gerencia General son susceptibles de impugnación de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

El recurso de apelación será presentado ante la Gerencia del OSIPTEL para que ésta lo eleve al Consejo Directivo, con cuya resolución quedará agotada la vía administrativa”.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

procedimiento es en sí mismo una mejor práctica y una vez que una de las partes la reconoce se debe ejecutar. Sucede de la misma manera cuando se reducen los cargos de interconexión, ello favorece también a una de las partes y se aplica inmediatamente³³.

4.1.4. Análisis de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL

4.1.4.1. Finalidad.

65. El Tribunal de Solución de Controversias considera necesario exponer la finalidad a la que atiende la Resolución 113-2003-CD/OSIPTEL, en la medida que tal exposición permitirá un mejor entendimiento en relación a los alcances de dicha Resolución.
66. En principio, la Exposición de Motivos contenida en la Resolución N° 068-2003-CD/OSIPTEL³⁴, que dispuso la publicación del Proyecto de Resolución que modificó el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión (en adelante, Proyecto de Resolución), luego de hacer referencia a la normativa vigente, señaló: *“(...) se observa que algunas empresas han presentado problemas por la falta de pago de sus obligaciones económicas derivadas de su relación de interconexión, lo que ha motivado que otras empresas pretendan condicionar la implementación de la interconexión al otorgamiento de algún tipo de garantía de los cargos de interconexión y otras condiciones económicas; por lo que corresponde analizar y recomendar soluciones a la problemática en torno a este tema”*.
67. Al parecer, la problemática de pago en referencia, tenía como sustento la posibilidad que una empresa deudora pudiese acumular una deuda, desde la fecha de finalización del primer período de liquidación hasta la fecha en la cual la empresa acreedora tenía la potestad de suspender la interconexión, equivalente a más de seis (6) períodos de liquidación, es decir a seis (6) meses en los cuales la empresa deudora ha cursado tráfico.
68. Debido a lo anterior, se propuso como una de las soluciones a la falta de pago (en concreto, evitar la acumulación de deuda), agilizar los procedimientos de liquidación, facturación, pago y suspensión de la interconexión por falta de pago. Así es que: *“(...) según la propuesta, el procedimiento de liquidación, facturación y pago para un período de liquidación específico se reduciría de un plazo de entre cincuenta (50) y ochenta (80) días calendario, dependiendo si se concilia global y detalladamente, a uno de entre treinta y cinco (35) y cincuenta (50) días calendario (...). Por otro lado, el procedimiento para la suspensión de la interconexión por falta de pago se reduciría de setenta y siete (77) días*

³³ Esto será desarrollado con más detalle en el punto siguiente (4.1.4)

³⁴ Resolución emitida con fecha 25 de julio del año 2003 y publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 27 de julio del año 2003.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

calendario a treinta (30) días calendario (en caso la empresa deudora otorgue una garantía y no pague); (...).

Si una empresa fuera una potencial deudora, podría acumular entre sesenta y cinco (65) y ochenta (80) días calendario, desde la fecha en la cual finaliza el período de liquidación hasta la fecha en la cual la empresa acreedora le puede suspender la interconexión por la falta de pago, lo que equivale a tres (3) períodos de liquidación. En la situación actual, la acumulación de días es entre ciento veintisiete (127) y ciento cincuenta y siete (157) días calendario”.

69. Cabe señalar que los párrafos del Proyecto de Resolución a los que se ha hecho referencia, no fueron alterados en su contenido, pasando a formar parte integrante de la Exposición de Motivos de la Resolución 113-2003-CD/OSIPTEL, teniendo por tanto dicha Resolución el mismo fundamento.
70. Por otro lado, como es usual en el proceso de emisión de las normas de OSIPTEL, la publicación del mencionado Proyecto de Resolución, tuvo como fin recoger las sugerencias o comentarios de los interesados. En ese sentido, este Tribunal considera oportuno remitirse a la Matriz de Comentarios de las Empresas al Proyecto de Resolución que Modifica el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión (en adelante, Matriz de Comentarios)³⁵ y publicada en la página web de OSIPTEL.
71. La posición de OSIPTEL plasmada en dicha Matriz precisó que la aplicación del mecanismo de liquidación, facturación y pago propuesto tiene como objetivo garantizar el pago de las obligaciones económicas en una relación de interconexión particular.
72. Asimismo, la propia Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL en su parte considerativa señaló lo siguiente: *“Que luego de la evaluación de las disposiciones contenidas en el marco normativo (...), y considerando que algunas empresas han presentado problemas por la falta de pago de sus obligaciones económicas derivadas de su relación de interconexión, este organismo considera necesario modificar las reglas generales aplicables al procedimiento de liquidación, facturación y pago entre las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como las reglas aplicables a la suspensión de la interconexión por falta de pago, en el marco de sus relaciones de interconexión, con la finalidad de asegurar la sostenibilidad y continuidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones (...).”*
73. En adición, se hace referencia al Informe N° 047-GPR/2003, elaborado por la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL, de fecha 2 de diciembre del año 2003, que detalla las justificaciones técnicas de la emisión de la Resolución

³⁵ Cabe destacar que System One no participó remitiendo sus sugerencias y/o comentarios al Proyecto de Resolución. Tanto el Proyecto de Resolución como la Matriz de Comentarios son documentos de conocimiento público.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

N° 113-2003-CD/OSIPTEL, señalando como asunto, materia del Informe, el *“Análisis de la problemática en torno al pago de los cargos de interconexión y otras condiciones económicas derivadas de una relación de interconexión y de las acciones que pudieran realizar las empresas acreedoras para recibir dichos pagos”*.

74. En consecuencia, el Tribunal de Solución de Controversias considera que de lo mencionado precedentemente, se desprende con claridad que: i) la finalidad a la que atiende la norma es procurar la solución a la problemática generada por los malos deudores en las relaciones de interconexión (aún cuando cualquiera de las partes pueda solicitar la adecuación a la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL); y consecuentemente, ii) la necesidad de su aplicación general en atención a la agilización de los procedimientos de liquidación, facturación, pago y suspensión que impidan el acrecentamiento de la deuda.

4.1.4.2. Carácter de la norma y ámbito de aplicación.

75. System One ha cuestionado en su recurso de apelación que el mismo OSIPTEL en la Exposición de Motivos de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL señaló como *“procedimientos alternativos a aquellos acordados libremente”* a los procedimientos establecidos en la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL, con lo que quedaría demostrado que dicha Resolución sería de aplicación supletoria a los contratos que las partes hubiesen negociado.
76. Los artículos 62º y 78º de la Resolución 113-2003-CD/OSIPTEL, señalan:

*“Artículo 62.- El procedimiento de liquidación, facturación y pago establecido en el presente Subcapítulo, **se aplica a la relación de interconexión que:***

- a) Se haya originado en un Mandato de Interconexión emitido por OSIPTEL.*
- b) Se haya originado en un Contrato de Interconexión aprobado por OSIPTEL y en el cual no se ha contemplado un mecanismo para la liquidación, facturación y pago.*
- c) Se haya originado en un Contrato de Interconexión aprobado por OSIPTEL y una de las empresas operadoras involucradas haya solicitado a la otra parte, mediante comunicación escrita y remitida por conducto notarial, acogerse a este procedimiento. Deberá remitirse a OSIPTEL una copia de esta comunicación. La aplicación de este literal implica que la empresa operadora considera que este procedimiento constituye una mejor práctica respecto del establecido en su contrato de interconexión, en los temas relacionados con las liquidaciones de tráfico, facturación y pago (...).”*

*“Artículo 78.- El procedimiento de suspensión de la interconexión por falta de pago establecido en el presente Subcapítulo, **se aplica a la relación de interconexión que:***

- a) Se haya originado en un Mandato de Interconexión emitido por OSIPTEL.*
- b) Se haya originado en un Contrato de Interconexión aprobado por OSIPTEL y en el cual no se ha contemplado un mecanismo para la suspensión de la interconexión por falta de pago.*
- c) Se haya originado en un Contrato de Interconexión aprobado por OSIPTEL y una de las empresas operadoras involucradas haya solicitado a la otra parte, mediante comunicación escrita y remitida por conducto notarial, acogerse a*

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

este procedimiento. Deberá remitirse a OSIPTEL una copia de esta comunicación. La aplicación de este literal implica que la empresa operadora considera que este procedimiento constituye una mejor práctica respecto del establecido en su contrato de interconexión, en los temas relacionados con la suspensión de la interconexión por falta de pago". (El resaltado es nuestro).

77. Asimismo, la Exposición de Motivos de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL se pronunció expresamente acerca del ámbito de aplicación de la norma, en ese sentido señaló lo siguiente:

*"VIII. **Ámbito de Aplicación** de los Procedimientos de Liquidación, Facturación y Pago de Condiciones Económicas y Suspensión de la Interconexión*

*Adicionalmente a los cambios propuestos se debe establecer que los procedimientos de liquidación, facturación y pago de condiciones económicas, y de suspensión de la interconexión, se aplicarán **a toda relación de interconexión que:***

*a) Se haya originado en un Mandato de Interconexión emitido por OSIPTEL.
b) Se haya originado en un Contrato de Interconexión aprobado por OSIPTEL y en el cual no se ha contemplado un mecanismo para la liquidación, facturación y pago, o para suspensión de la interconexión.
c) Se haya originado en un Contrato de Interconexión aprobado por OSIPTEL y una de las empresas operadoras involucradas haya solicitado a la otra parte, mediante comunicación escrita y remitida por conducto notarial, acogerse a cualquiera de los procedimientos. En este caso, se considera que este procedimiento constituye una mejor práctica respecto del establecido en su contrato de interconexión, en los temas relacionados con las liquidaciones de tráfico, facturación y pago, y suspensión de la interconexión". (El resaltado es nuestro).*

78. Al respecto, este Tribunal considera que la aplicación de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL no distingue la procedencia de la relación de interconexión para efectos de su aplicación, siendo aplicable no sólo a los Mandatos de Interconexión vigentes, sino también a los Contratos de Interconexión vigentes en los que las partes hayan o no establecido mecanismos para efectuar los procedimientos de liquidación, facturación, pago o suspensión por falta de pago de la interconexión.
79. Para la presente controversia, siendo que la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL responde a las necesidades actuales de la prestación del servicio de interconexión, una facultad otorgada a una de las partes del Contrato de Interconexión, en el cual se previeron mecanismos en relación a los procedimientos en cuestión, de solicitar la adecuación del mismo a las disposiciones incluidas en la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL.
80. El elemento facultativo, al que se hace referencia, está fundado en la confianza en la contraparte dentro del contrato donde se acordaron procedimientos propios y bajo dicho parámetro de confianza, se solicitará o no la adecuación del Contrato de Interconexión a lo previsto en la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL. Pero, cuando dicha adecuación es solicitada debe realizarse

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

necesariamente, porque la autoridad ha evaluado y preestablecido que este nuevo procedimiento limita o elimina el perjuicio infligido directamente al acreedor (si bien ello no se señala expresamente, es acorde con la finalidad de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL), e indirectamente al mercado del servicio de la interconexión.

81. Cabe señalar que el texto extraído de la Exposición de Motivos de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL no reiteró, sino que complementó lo señalado en los artículos 62º y 78º del texto de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL antes transcritos. Ello, en la medida en que es OSIPTEL quien considera como “mejor práctica” lo establecido en la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL al brindar soluciones a la problemática de pago ya referida y, en ese sentido, debe ser aplicada para todos. Para el caso, de los incisos c) de los artículos 62º y 78º: siempre y cuando el operador decida invocar a su vez la misma “buena práctica” o “mejor práctica” para que sea incluida como parte de su relación de interconexión.
82. Así, el inciso c) del numeral VIII de la Exposición de Motivos de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL, parte que no constaba en la Exposición de Motivos del Proyecto de Resolución, señaló que: *“En este caso, se considera que este procedimiento constituye una mejor práctica respecto de lo establecido en su contrato de interconexión (...)”*.
83. Lo anterior fue producto de observaciones realizadas en la Matriz de Comentarios, así podemos encontrar una afirmación del siguiente tipo³⁶: *“(...) el proyecto en esta norma presenta dos casos puntuales en los que sugerimos se advierta la necesidad de complementariedad y precisión: (a) a qué relaciones se aplica de las ya existentes y (b) la aplicación sobre la base del principio de no discriminación. Por ello, consideramos que resulta indispensable que se establezca de manera expresa SIN EXCEPCIONES NI CONDICIONAMIENTOS que los procedimientos de liquidación, facturación y pago contemplados en el Proyecto también son de aplicación a los contratos ya aprobados por OSIPTEL o mandatos de interconexión que se encuentren vigentes (...). Se trata de un dispositivo de orden público que emite el regulador (...)”*.
84. En ese sentido, se puede advertir que los operadores reconocen la aplicación general de la mencionada Resolución, no sólo cuando es señalado expresamente (como es el caso de la opinión antes trascrita); sino cuando se sugiere la eliminación de una “aceptación” a la solicitud de adecuación, en referencia a uno de los requisitos para que proceda la aplicación de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL al Contrato de Interconexión. Así se anula el consentimiento de la otra parte, pues no es necesaria para la procedencia de la aplicación de la norma en cuestión.

³⁶ Tim Perú S.A.C.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

85. Como bien señala el Cuerpo Colegiado, independientemente de la fuente en que las relaciones de interconexión se hubiesen generado, resultaba un objetivo importante que dichos procedimientos pudiesen ser aplicados a todas las relaciones de interconexión, lo cual se hacía posible con la eliminación del requisito mencionado.
86. En relación a lo manifestado por System One en su apelación respecto a la supletoriedad de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL, este Tribunal estima en virtud de lo expuesto, que cualquier referencia a la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL tomada de manera aislada sin analizar el contenido de dicha Resolución, carece de sustento válido.
87. En conclusión, este Tribunal considera que analizados los elementos que concurren para la determinación de la aplicación de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL, corresponde pronunciarse en el sentido que, efectivamente, los procedimientos señalados en dicha Resolución serían de aplicación al Contrato de Interconexión entre System One y Telefónica, en sustitución de los procedimientos pactados anteriormente.
88. Sobre el cumplimiento por parte de Telefónica de las formalidades previstas para la efectiva aplicación de los procedimientos de liquidación, facturación, pago y suspensión de la interconexión, se evaluará si Telefónica ha procedido conforme a lo dispuesto en el literal c) de los artículos 62º y 78º de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL.
89. En opinión de este Tribunal, tomando en cuenta todo lo evaluado, la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL señaló respecto de la aplicación de los procedimientos de liquidación, facturación, pago y suspensión a los contratos aprobados por OSIPTEL en los que se hayan previsto mecanismos para tales efectos, que para acogerse a este procedimiento debe ser solicitado mediante comunicación escrita y remitida por conducto notarial, debiéndose enviar a OSIPTEL una copia de esta comunicación, considerándose dicha adecuación como una mejor práctica, toda vez que la calificación de mejor práctica deviene del análisis de la situación del mercado.

La interpretación antes mencionada, se detalla a continuación, con ocasión de los argumentos planteados en el recurso de apelación de System One.

4.1.4.3. Solicitud

90. La formalidad de la solicitud en la Resolución N° 113-2003-CCO/OSIPTEL referida a la aplicación de los Contratos de Interconexión que hayan previsto mecanismos que debieran ser sustituidos por los procedimientos de liquidación, facturación, pago y suspensión de la interconexión, se describe como sigue: *“una de las empresas operadoras involucradas haya solicitado a la otra parte,*

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

mediante comunicación escrita y remitida por conducto notarial, acogerse a este procedimiento”.

91. Sytem One, sustentando su posición en el Proyecto de Resolución, señaló en su recurso de apelación que, de una interpretación histórica de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL, se necesita del requerimiento de un acuerdo de ambas partes para que se lleve a cabo la modificación de la relación de interconexión. En ese sentido, señaló que la solicitud de adecuación de Telefónica comunicada en la Carta GGR-107-A-020/IN-04 requiere de una aceptación o negativa por parte de System One.
92. El Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL declaró lo siguiente: *“(…) no se trata propiamente de una solicitud, en la medida en que no se requiere ninguna respuesta de la contraparte para considerar adecuada la relación de interconexión; sino de una facultad otorgada por la norma a una de las partes para adecuar la relación de interconexión a sus procedimientos, debiendo cumplir con los requisitos previstos por la norma para el efecto”.*
93. Al respecto, este Tribunal considera oportuno remitirse a los antecedentes de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL tal como se ha hecho anteriormente, pero fijando la atención en el elemento señalado como “solicitud”. En ese sentido, los artículos 62° y 78° del Proyecto de Resolución difieren en el texto de los artículos 62° y 78° de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL al eliminar la siguiente parte: *“Para su aplicación el operador solicitado deberá otorgar su consentimiento de forma expresa y por escrito”.*
94. Al cotejar el texto del Proyecto de Resolución y el texto final de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL con lo expresado en la Matriz de Comentarios, este Tribunal resalta la necesidad de no incluir la mencionada expresión; pues de lo contrario, se obstaculizaría el ejercicio de la norma.
95. En ese sentido, algunas de las opiniones³⁷ señaladas en dicha Matriz fueron:

“(…) la redacción del numeral IV de este artículo comentado, puede dar pie a vacíos o aproximaciones que la tornen en inaplicable, máxime si al final de este numeral IV se establece ‘que el operador solicitado deberá otorgar su consentimiento de forma expresa y por escrito’, con lo cual, esta redacción parecería otorgarle cierto grado de discrecionalidad al operador solicitado de tal suerte que si éste no quiere aceptar o quiere perjudicar al solicitante, pues simplemente nunca da su consentimiento y la aplicación de la norma nunca se producirá. (...). Por ello, estimamos vital que se elimine la última oración del numeral IV, a la vez que se aclare que, respecto de la relación de interconexión ya existentes, sea establecida por contrato aprobado por OSIPTEL o mediante Mandato, la aplicación de la norma es automática, inmediata y en su totalidad e integridad a sola remisión de la comunicación escrita de la operadora solicitante”.

³⁷ Tim Perú S.A.C. y Nextel del Perú S.A, respectivamente.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

“Sujetar la aplicación del procedimiento de liquidación, facturación y pago previsto en el TUO de las Normas de Interconexión (...) al consentimiento previo del operador solicitado implica un obstáculo insalvable para aquellos operadores que vean en este procedimiento una mejor práctica respecto del procedimiento establecido en el contrato de interconexión”.

96. Asimismo, la posición de OSIPTEL en dicho documento, fue la siguiente:

“Considerando que para la adecuación solicitada sólo basta una comunicación de una de las partes, sin que medie una aceptación previa por parte de la otra, no existe la posibilidad de que la adecuación no se concrete en la práctica (...)”.

97. El Tribunal de Solución de Controversias considera que la norma da la opción a una de las partes de ejercer la facultad de adecuar su relación de interconexión a la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL; así para el presente caso, Telefónica pudo como no pudo solicitar la adecuación. Pero en la medida en que solicitó dicha adecuación, ésta debió tenerse por iniciada a la fecha del envío de la Carta GGR-107-A-020/IN-04.
98. Este Tribunal considera que más allá del significado literal del término “solicitud”, de la finalidad y los antecedentes de la norma bajo análisis, resulta claro que no es exigible la aceptación a la solicitud, como entiende System One. En consecuencia, la formalidad de la solicitud fue cumplida cabalmente por Telefónica.

4.1.4.4. Mejor práctica

99. Otra de las formalidades para que proceda la adecuación a la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL, que ha sido cuestionada por System One en su recurso de apelación señala que dicha adecuación no puede tratarse de una mejor práctica, pues Telefónica ha incurrido en retrasos en liquidación y facturación de cargos de interconexión que demuestran lo contrario; en cualquier caso, Telefónica no sustentó por qué en su consideración se trata de una mejor práctica.
100. Al respecto, se ha mencionado que la “mejor práctica” consiste en los beneficios que para el mercado del servicio de la interconexión trae la sujeción a la nueva norma pues de ahora en adelante se contará con las ventajas ofrecidas por la Resolución N° 113-2003-DC/OSIPTEL.
101. Es decir, si bien OSIPTEL considera que este procedimiento es la mejor práctica (como lo señaló expresamente, la Exposición de Motivos de la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL), no es sino una de las partes de la relación la que toma la decisión de ejercer la facultad otorgada.
102. Por ejemplo, esto último ha sido señalado por el Cuerpo Colegiado, entendiendo mejor práctica bajo la misma lógica que la “condición económica más favorable”,

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

así pues, si se argumenta que se trata de una condición económica más favorable, no es necesario que se pruebe que lo es, esto es tácito, pues se presume que la empresa siempre actúa en su beneficio.

103. En ese sentido, no está previsto que el término “mejor práctica” sea cuestionado en términos de qué constituye una mejor práctica o qué no, sino que es la autoridad que determinó previamente qué es una mejor práctica. Por tanto, una vez invocada por una de las empresas, se debe aplicar.
104. En virtud de lo anterior, la carta de adecuación de Telefónica debió surtir efectos desde la fecha de su envío a Sytem One.

4.1.4.5. Poderes

105. Asimismo, System One reiteró en su apelación que la Sra. Hortensia Rozas, persona que firmó la Carta GGR-107-A-020/IN-04, no se encontraba facultada *“para suscribir contratos de interconexión a nombre de Telefónica, menos aún pues para modificar un contrato de interconexión o para adecuar relaciones de interconexión”*.
106. A ello, Telefónica contestó que la Señora Hortensia Rozas, en su calidad de Gerente de Regulación, no sólo cuenta con plenas facultades de representación ante el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, OSIPTEL y otras autoridades administrativas, sino que tiene además poderes específicos de actuación frente a empresas operadoras.
107. De una revisión del Contrato de Interconexión entre Telefónica y System One, el Cuerpo Colegiado señaló que la Cláusula Duodécima no impide que para supuestos distintos a los pactados en dicha cláusula puedan actuar otros representantes. En todo caso, la única limitación establecida consistió en señalar quiénes se encargarán de la ejecución del contrato, los mismos que no pueden tomar decisiones que impliquen la modificación de los términos y condiciones del contrato.
108. Al respecto, este Tribunal estima necesario precisar que la adecuación del Contrato de Interconexión a la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL no corresponde a un tema de adopción de decisiones que impliquen la modificación de los términos y condiciones del contrato, en la medida en que se trata de una facultad otorgada por una norma, que debe hacerse efectiva cuando una de las partes, en este caso Telefónica, así lo haya expresado.
109. En el mismo sentido, como lo ha señalado el Cuerpo Colegiado: tampoco la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL establece como requisito de validez que la carta notarial deba ser suscrita por algún funcionario en particular.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

110. En consecuencia, este Tribunal considera que no corresponde entrar a discutir si la Señora Hortensia Rozas tenía o no facultades para suscribir la carta de adecuación. Basta el sólo hecho de ser una representante de Telefónica siendo que la adecuación a la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL debe ser ejercida con la sola expresión de que así sea.
111. En conclusión, este Tribunal considera que la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL, establece que cuando una de las partes invoca la aplicación de lo dispuesto en esta norma, dichas disposiciones deben ser aplicadas. En tal sentido, Telefónica ha cumplido con las formalidades previstas para tales efectos.

5. Orden a la Secretaría Técnica de dar inicio al procedimiento sancionador en contra de System One.

112. En su escrito de apelación, System One solicitó se revoque el Artículo Tercero que ordenó a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador a System One por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 50° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL³⁸.
113. El Tribunal de Solución de Controversias requiere hacer referencia a la conducta observada por el Cuerpo Colegiado en la presente controversia, específicamente, a la evaluación de la pretensión planteada por Telefónica en su reconvencción a la demanda de System One.
114. Mediante Resolución N° 004-2004-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la pretensión de Telefónica encausándola de oficio como un procedimiento que involucra la comisión de una infracción, de conformidad con el artículo 75.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General³⁹ y el artículo 40° del Reglamento de Solución de Controversias⁴⁰.

³⁸ Artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones

“Artículo 50.- La empresa que a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, demanda o denuncie ante OSIPTEL, ocasionándole o con el fin de ocasionarle injustamente un perjuicio, o que en un procedimiento seguido ante OSIPTEL actúe en contra de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, incurrirá en infracción grave”.

³⁹ Artículo 75° de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

“Artículo 75.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

(...)

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.

(...)”

⁴⁰ Artículo 40° del Reglamento de Solución de Controversias:

“Artículo 40°.- Deber del Cuerpo Colegiado de encausar el procedimiento. Corresponde al Cuerpo Colegiado encausar las controversias de acuerdo con el procedimiento que por la naturaleza de la materia controvertida le corresponde”.

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

115. No obstante lo señalado con anterioridad, la pretensión consistente en que se declare que System One ha actuado de mala fe se encuentra estrechamente vinculada al pronunciamiento del Cuerpo Colegiado en relación con la pretensión principal planteada en su demanda. En ese sentido, *“la pretensión planteada por Telefónica será analizada por este Cuerpo Colegiado sólo en el caso que como resultado del procedimiento, se declare que la demanda interpuesta por System One es infundada”*.
116. Dicho Cuerpo Colegiado, además, precisó en su Resolución N° 022-2004-COO/OSIPTEL, que el inicio del procedimiento sancionador contra System One, sería posterior a la emisión de la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL, debido a que por la naturaleza del procedimiento que no involucra la comisión de infracciones, no existe en dicho procedimiento una etapa de investigación.
117. Así, habiendo cuestionado previamente el extremo de la resolución materia de apelación en que se declaró infundada la demanda, System One solicitó, como consecuencia de lo anterior, que se revoque el Artículo Tercero de la Resolución mediante el cual el Cuerpo Colegiado ordenó a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento en contra de System One.
118. En relación a la apelación de System One, el Tribunal de Solución de Controversias, considera que está reconocido el deber del Cuerpo Colegiado de conducir el procedimiento de acuerdo a los artículos 75.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y 40° del Reglamento de Solución de Controversias, así como la facultad por parte de la Administración de iniciar un procedimiento administrativo sancionador como el que, en efecto, ha sido iniciado contra System One, de acuerdo al artículo 235.1. de la Ley del Procedimiento Administrativo General: *“El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia”*.
119. En vista que se trata del ejercicio de una facultad legalmente establecida, este Tribunal estima que no puede constreñir el ejercicio del derecho de acción por parte del Cuerpo Colegiado.
120. En virtud de lo anterior, este Tribunal considera que es infundada la apelación de System One al solicitar se revoque el Artículo 3 de la Resolución N° 022-2003-COO/OSIPTEL que ordenó a la Secretaría Técnica dar inicio al procedimiento administrativo sancionador en contra de System One.

RESUELVE:

Resolución N° 004-2005-TSC/OSIPTEL

Artículo Primero.- Declarar infundada la apelación interpuesta por System One World Communication Perú S.A. en todos sus extremos y confirmar la Resolución N° 022-2004-CCO/OSIPTEL en los extremos en que fue apelada.

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

DANTE MENDOZA ANTONIOLI
Presidente