

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU**

**ESCUELA DE GRADUADOS**

**MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL**

**Naturaleza Jurídica del Acuerdo o Contrato de Interconexión en el  
Sector Telecomunicaciones**

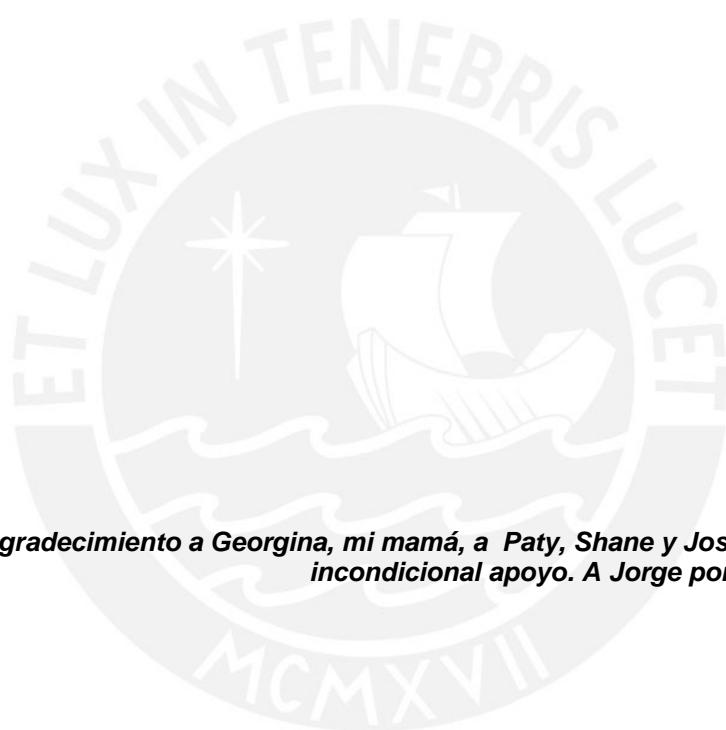
Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con Mención en  
Derecho Civil

**María Hilda Becerra Farfán**

**Cusco, julio de 2005**



*A Alessandra, mi motivación y luz.*



*Mi profundo agradecimiento a Georgina, mi mamá, a Paty, Shane y Jose; por su constante e incondicional apoyo. A Jorge por lo que aprendí de él.*

## INDICE

Introducción	7
--------------	---

### CAPITULO I

#### La liberalización de los servicios de telecomunicaciones

1.1 La liberalización de las telecomunicaciones en Europa	9
1.1.1 Las privatizaciones en el Reino Unido	12
1.1.2 La liberalización de las telecomunicaciones en la Comunidad Europea	12
1.1.2.1 Los antecedentes de la liberalización de las telecomunicaciones	12
1.1.2.2 La liberalización de las telecomunicaciones en la Unión Europea	15
1.2 La liberalización en Norteamérica	18
1.2.1 La actividad reguladora	19
1.2.2 La reforma el sector telecomunicaciones norteamericano	22
1.3 El Caso Peruano	24
1.4 La competencia en telecomunicaciones	27
1.4.1 La competencia económica	27
1.4.2 La competencia en telecomunicaciones	30
1.4.3 Las instalaciones esenciales	32

### CAPITULO II

#### La interconexión en las telecomunicaciones como elemento esencial de competencia

2.1 La interconexión en telecomunicaciones	35
	38
2.2 Definiciones de interconexión	
2.2.1 Definición de la OMC	38
2.2.2 Definición Comunidad Europea	39
2.2.3 Definición Comunidad Andina	40

2.2.4 La interconexión en la legislación peruana: De interés público y social	40
2.3 Principios de Interconexión	46
2.3.1 Establecimiento de pautas previas de reglamentación	46
2.3.2 El principio de transparencia:	47
2.3.3 El principio de no discriminación	48
2.3.4 El principio de orientación a costos	49
2.4 Procedimiento para la interconexión	50

### CAPITULO III

#### La naturaleza pública o privada de los contratos de interconexión

3.1 La pertinencia del estudio de la naturaleza jurídica de la interconexión	55
3.2 La relación jurídica y el contrato	65
3.3 Algunas opiniones sobre la naturaleza privada de los contratos y acuerdos de interconexión	66
3.4. Análisis de los elementos que definen la interconexión como una institución de naturaleza privada	72
3.4.1 La autonomía de la voluntad en la interconexión	72
3.4.1.1 El mutuo consentimiento en la interconexión.	73
3.4.1.2 Contenido del contrato	78
3.4.1.2.1 Elementos del contrato de interconexión	79
3.4.1.3 Ofertas de interconexión de referencia	84
3.4.1.4 La intervención de la autoridad reguladora como condición de validez	86
3.4.1.5 La autoridad puede intervenir sin petición de parte	88
3.4.2 Los sujetos de la interconexión	90
3.4.3 El contrato de interconexión como contrato forzoso o normado	93
3.5 Conclusión	96

### CAPITULO IV

#### La interconexión como relación jurídica de Derecho Administrativo

4.1 Elementos que indican que la interconexión es una relación jurídica perteneciente al Derecho Administrativo	97
4.2 La regulación como técnica administrativa	102

4.3 Consecuencias de que la Interconexión sea una medida regulatoria	107
4.3.1 Las relaciones de interconexión no se diferencian en razón de su origen	110
4.3.2 No es posible distinguir aspectos “privados” de aspectos “públicos” en una situación de interconexión	112
4.3.3 Los procedimientos involucrados en la interconexión, tienen componentes propios del Derecho Procesal Civil como del Derecho Procesal Penal y Administrativo.	113
4.3.4 La interpretación de los contratos de interconexión	114
4.3.5 La resolución contractual, la rescisión y la excesiva onerosidad de la prestación	115
4.3.6 Las decisiones sobre interconexión afectan a todos los operadores	115
Conclusiones	118
Bibliografía	126



## INTRODUCCION

La apertura a la competencia de los servicios de telecomunicaciones, ha puesto el tema de la interconexión en el centro del debate. Ello se debe a que si bien la interconexión ha existido desde el inicio de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, en un entorno competitivo, es fundamental.

Las condiciones –técnicas, económicas y jurídicas- de interconexión marcan la diferencia entre la existencia o no de competencia en los mercados de telecomunicaciones. Y, como se sabe, la competencia permite lograr mayores y mejores condiciones de acceso a un servicio que -por su vinculación con la informática y por ser la principal tecnología de información-, es esencial en la sociedad actual.

Los aspectos económicos de la interconexión han merecido mayor atención debido a que, una vez iniciada la apertura, los temas vinculados a cargos y costos de interconexión eran los más urgentes. No obstante, las controversias suscitadas entre los operadores referidas a la interconexión, han puesto en evidencia (i) la importancia de la ubicación de los acuerdos o contratos de interconexión en el Derecho Privado o Público, pues ello marca la pauta del Derecho aplicable en cada caso, con importantes consecuencias prácticas; y, (ii) la inexistencia de trabajos académicos sobre la materia y en particular, sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos o contratos de interconexión suscritos entre los operadores de telecomunicaciones. Este segundo aspecto, encontrar la ubicación de los acuerdos o contratos de interconexión en el Derecho Privado o Público, es el objetivo fundamental de este trabajo.

Para ello, se ha recurrido a los expedientes administrativos seguidos ante el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL entre los operadores de telecomunicaciones referidos a interconexión, a los mandatos emitidos por OSIPTEL, a resoluciones administrativas referidas a la interconexión y a los documentos referidos a la materia.

Con la finalidad de ubicar la interconexión en el momento actual, en el capítulo I, se ha revisado el proceso de liberalización de los servicios de telecomunicaciones ocurrido en la década de los noventa, lo que ha permitido identificar los modelos regulatorios adoptados en las telecomunicaciones y los cambios ocurridos como consecuencia del proceso de apertura. En el capítulo II, se hace una revisión del significado de la interconexión en el mercado de las telecomunicaciones y el tratamiento jurídico que recibe, en particular, los principios que rigen toda relación de interconexión. En el capítulo III, se hace una revisión de la naturaleza pública o privada de los contratos o acuerdos de interconexión, recurriendo para ello a los expedientes administrativos tramitados ante OSIPTEL y a las opiniones que se han vertido sobre el particular. En esta parte, se analizan los argumentos que sustentan su ubicación en el derecho contractual. En el capítulo IV, se analiza la pertenencia de los acuerdos o contratos de interconexión al Derecho Administrativo y se ensayan algunas consecuencias de esa ubicación.

La principal dificultad para realizar un trabajo de este tipo es la escasa bibliografía existente sobre la naturaleza pública o privada de los acuerdos de interconexión. Los informes legales a los que se ha podido acceder, han sido realizados a solicitud del operador dominante y las exposiciones sobre el tema las han realizado personas vinculadas tanto a los operadores entrantes como al operador establecido y en la generalidad de casos, muestra la postura de cada uno de ellos.

Esta investigación pretende iniciar el debate sobre la naturaleza jurídica de la interconexión y, principalmente, contribuir a encontrar soluciones para los distintos aspectos que presenta la interconexión, entendiéndola en su real dimensión y, sobre todo, ubicándola en el ámbito que le corresponde.



## CAPITULO I

### La liberalización de los servicios de telecomunicaciones

#### 1.1 La liberalización de las telecomunicaciones en Europa

En los países de tradición romano germánica y en especial en Francia, las telecomunicaciones y actividades tales como el transporte ferroviario, la provisión de energía eléctrica y agua potable, entre otros, fueron incluidas en la categoría de “servicios públicos”. El concepto de servicio público no tiene límites determinados<sup>1</sup> y no existe consenso sobre su definición o contenido. No obstante, se caracteriza porque lleva implícita una necesidad pública que reclama la participación del Estado para garantizar una prestación obligatoria a todos los ciudadanos, de manera regular y continua. Para lograr esos fines –obligatoriedad, regularidad y continuidad-, el Estado realiza la *publicatio* de la actividad que es una declaración que tiene por objeto reservar la actividad o servicio a la Administración para que ésta la gestione directa o indirectamente, a través de particulares.

En este modelo, *“se calificarán como “servicio público” aquellas actividades o servicios que hayan devenido indispensables y esenciales para la comunidad, de tal manera que ésta necesita apoyarse en ellos para su supervivencia y funcionamiento como tal”*<sup>2</sup>.

Como ocurre en todas las actividades consideradas de servicio público, la *publicatio* de los servicios de telecomunicaciones, implica el monopolio de la actividad a favor del Estado, de manera que la iniciativa privada sólo puede intervenir en la gestión indirecta o a través de concesiones. En este esquema -

---

<sup>1</sup> BERMEJO VERA, José (director). Derecho Administrativo. Parte Especial, Madrid; Civitas; 1999, p. 54

<sup>2</sup> *Ibíd.*, p. 56

sustentado en el interés público-, la Administración mantiene el poder de dirigir, gestionar y controlar dichas actividades.

La *publicatio* de la actividad tiene implicancias en todos los ámbitos, pero principalmente en el orden económico y jurídico. En el orden económico, porque la actividad misma así como sus medios de producción pasan a manos de los poderes públicos, generando monopolios estatales. Desde el punto de vista económico, dichos monopolios se sustentan, en la mayoría de casos, en que debido al nivel de inversiones requerido por la actividad y al tamaño de los mercados que deben servir, resulta más eficiente que una sola empresa preste el servicio pues los precios que puede ofrecer son menores que si existieran dos o más prestadores del mismo servicio, configurando lo que se denomina “monopolio natural”. Tratándose de una actividad monopólica por naturaleza, se acepta pacíficamente que sea el Estado el que asuma la titularidad de la actividad.

Desde el punto de vista jurídico, la *publicatio* se sustenta en el interés público entendido como “*un interés diferente y superior a la mera combinación de intereses privados, definido especialmente como el bien de la nación por encima de los intereses particulares*”<sup>3</sup>. La premisa del sistema es que los particulares responden únicamente por sus propios intereses, y que el Estado, que encarna el interés público, puede cautelar de mejor manera el interés público en la prestación de los servicios públicos.

Dicha premisa, justifica el sometimiento pleno de los servicios públicos al Derecho Administrativo y con ello, la aplicación de un régimen jurídico exorbitante del Derecho Civil. Los servicios públicos se sujetan al dominio público, los contratos vinculados a los servicios públicos son contratos administrativos y no civiles, y en general, se aplican procedimientos administrativos. Una de las características más importantes de este sistema es que los particulares pueden prestar el servicio únicamente en el régimen de concesión administrativa en el que el Estado mantiene la titularidad del servicio realizando una mera delegación de facultades a favor de ciertos particulares por un plazo de tiempo determinado. Ello facilita la intervención del Estado que vigila la forma de prestación del servicio, interpreta los contratos de manera unilateral –aunque con posibilidad de revisión judicial-, modifica unilateralmente los contratos de concesión<sup>4</sup>, y las controversias se someten al fuero contencioso administrativo y no al fuero ordinario.

---

<sup>3</sup> CREMADES, Javier (coordinador). Derecho de Telecomunicaciones. Madrid. La Ley – Actualidad Ministerio de Fomento 1997, p. 1218

<sup>4</sup> Con la restricción de mantener el equilibrio del contrato, respetar la naturaleza de la concesión y, de ser el caso, indemnizar al concesionario.

No obstante, la actividad económica del Estado no se limitó a los servicios públicos o a actividades esenciales. Por el contrario, fue expandiéndose a actividades en las que es mucho más complicado identificar ese “interés público” que, como se ha señalado, justificaba la participación directa del Estado. Tal es el caso, por ejemplo, de la fabricación de cosméticos o de automóviles. Ello motivó un crecimiento significativo del sector público, llegando a representar, a principios de los ochenta, el 50% del producto bruto interno (PBI) de la Comunidad Económica Europea. En nuestro país, a fines de los ochenta, las pérdidas generadas por las actividades económicas del Estado representaban el 4.3% del PBI<sup>5</sup>. Los efectos de la actividad económica estatal son por todos conocidos *“el sector público drena una parte cada vez mayor del ahorro nacional (por vía fiscal y crediticia), las perspectivas de beneficio de las empresas –que es la fuerza motriz de la economía capitalista- se reducen, se debilita el espíritu empresarial, aumenta el gasto social; finalmente, se produce el drenaje de los hombres más capaces que ven mejores y más cómodas oportunidades en el sector público. Al final, las necesidades de financiación de éste, la amplitud de sus tareas y servicios, desbordan cualquier cálculo, se pierde la calidad y el estímulo y el conjunto de la economía retrocede”<sup>6</sup>* (subrayado agregado). Y por si ello fuera poco, los intereses públicos que justificaron la participación del Estado en la gestión de tales servicios tampoco fueron alcanzados pues el Estado no logró siquiera que la provisión de los servicios llegara a toda la población.

En efecto, como señala Door, *“después de varias décadas de monopolios estatales es casi ridículo comprobar que hoy, en América Latina, todavía es necesario implantar con urgencia el servicio universal para dar servicio en los mismos lugares de baja rentabilidad que había hace 40 años”<sup>7</sup>*. El fracaso del Estado como prestador del servicio y su ineficiencia para lograr aquellos objetivos de “interés común” que proclamó como justificación para ejercer la titularidad del servicio y prestarlo de manera directa, fue pues, evidente.

Dicha constatación –común en todos los países que optaron por el servicio público- motivó una seria revisión del modelo del Estado prestador del servicio que

---

<sup>5</sup> Fuente INEI elaboración de APOYO

<sup>6</sup> ARIÑO, GASPAR. Economía y Estado Crisis y Reforma del Sector Público. Madrid; Marcial Pons, 1993, p. 31

<sup>7</sup> DOOR, Roberto. “La obligación del Servicio Universal”. En: La Sociedad de la Información Nuevas Tendencias de las Telecomunicaciones. Vizcarra, Maite (Compiladora). Lima. UPC 2003, p.219

se tradujo en las reformas que, iniciadas en Inglaterra, fueron implementadas en casi todos los países.

### 1.1.1 Las privatizaciones en el Reino Unido

Frente al fracaso del modelo de Estado prestador, la única solución posible al problema de la empresa pública era su enajenación, transferencia o entrega a quien estuviera en capacidad de hacerla funcionar eficientemente. El *Adam Smith Institute* de Gran Bretaña, dio razones económicas, financieras y políticas para iniciar el proceso de reforma. Las razones económicas están vinculadas a los elevados costos de las empresas públicas en relación a las empresas privadas y al hecho que incluso las empresas públicas que tienen participación del capital privado, logran mejores resultados pues deben dar cuenta de su gestión. Las razones financieras están referidas a los ingresos que pueden obtenerse como consecuencia de las privatizaciones, los mismos que permitirían reducir el déficit público, contener los gastos generados por la empresa pública hasta ese momento; mejorar el nivel de deuda pública o reducir la presión fiscal de los contribuyentes. Igualmente, las privatizaciones tendrían un impacto favorable en la expansión de los mercados de capitales y permitirían una difusión del capitalismo popular. Las razones políticas están referidas al consenso de todos los sectores políticos para impulsar reformas.

El caso de las telecomunicaciones es paradigmático en el Reino Unido, y es uno de los más estudiados, pues la empresa de telecomunicaciones británica, *British Telecommunications*, fue una de las primeras y principales empresas en ser privatizadas. En efecto, hasta el año 1981 ésta fue una empresa de gestión estatal en un régimen de monopolio. Sin embargo, a partir de esa fecha, la *British Telecommunications Act* creó un sistema de competencia en el sector de telecomunicaciones supervisado por un regulador estatal, la Oficina de Telecomunicaciones (OFTEL). A partir de esta norma, *British Telecommunications* dejó de ser un monopolio legal en la operación de la red, dejó de prestar servicios postales y de vender equipos y suministros de telecomunicaciones de manera exclusiva (la norma prohibía la venta atada de equipos suplementarios), pudiendo los usuarios elegir tales equipos y suministros. Se adoptó el duopolio como régimen de competencia, y *Mercury* se convirtió en el principal potencial competidor. El duopolio de los servicios, estuvo vigente desde 1983 hasta 1990. En 1991 se comenzó a otorgar nuevas licencias para operar servicios de telecomunicaciones que permitían la reventa internacional (prestación de servicios

internacionales mediante circuitos privados internacionales alquilados a *British Telecommunications* o *Mercury* y conectados a redes públicas en ambos lados), aunque sujetas a la condición de firmar acuerdos de reciprocidad con los respectivos países. Inicialmente dichos acuerdos fueron firmados por Canadá, Australia y Suecia.

Como puede apreciarse, el cambio en el modelo británico fue radical. El tradicional Estado prestador, fue sustituido por actividad privada, dejando al Estado en un rol de regulador de la actividad. En efecto, para lograr los objetivos que hasta ese entonces habían perseguido las empresas estatales, (mayor bienestar para los usuarios, traducido en el acceso a los servicios en condiciones razonables), el tan enraizado monopolio legal debía llegar a ser un mercado competitivo.

## 1.1.2 La liberalización de las telecomunicaciones en la Comunidad Europea

### 1.1.2.1 Los antecedentes de la liberalización de las telecomunicaciones

Además de las razones expuestas por el *Adam Smith Institute* -y que son válidas para todo el sector público-, existen también razones legales derivadas de la normativa que emitió la Comunidad Europea<sup>8</sup> para la liberalización y que es particularmente reveladora en el caso de las telecomunicaciones<sup>9</sup>. Ello porque como veremos, todo el cambio tecnológico del sector tuvo graves implicancias para el modelo del servicio público que, con algunos matices, había sido adoptado en Europa.

Uno de los primeros antecedentes de la reforma en el sector telecomunicaciones fue la comunicación de la Comisión de Consejo de la Unión Europea de fecha 1 de setiembre de 1980. En dicho documento, se hicieron las primeras

---

<sup>8</sup> La Comunidad Europea, -hoy Unión Europea- surgió como un intento por crear un mercado común, con algunas políticas en campos determinados sin aspirar a ser una organización política con universalidad de fines. Por esa razón, en sus inicios dio independencia a los Estados para regular su organización política interna en relación al estado de bienestar.

<sup>9</sup> La evolución de la normativa emitida en materia de telecomunicaciones ha sido detallada en DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. "Liberalización de las Telecomunicaciones, Servicio Público y Constitución Económica Europea". Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1995 y CREMADES Javier (Coordinador). Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid. La Ley – Actualidad, Ministerio de Fomento. 1997

recomendaciones sobre el sector telecomunicaciones, aún cuando hasta ese momento se consideraba que cada Estado era autónomo en ese ámbito y que la CE carecía de toda ingerencia.

En el año 1983 se creó un comité de reflexión sobre la política de las telecomunicaciones que tenía por finalidad emitir políticas comunes de normalización o investigación en telecomunicaciones. El trabajo de dicho comité dio lugar a una serie de instrumentos que iniciaron la llamada liberalización del sector. En ese mismo año, se aprobó la Directiva del Consejo 83/189/CEE de 28 de marzo, por la que se establecía el procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas para el sector. Dicha Directiva sería el primer antecedente de la apertura de los mercados a la competencia en el sector de los terminales de telecomunicaciones.

Se puede considerar, sin embargo, que el proceso de liberalización en el sector comenzó con una comunicación de la Comisión del Consejo del 18 de mayo de 1984 en la que se advertía sobre la importancia de las telecomunicaciones y se ponía en evidencia que los operadores nacionales, -que actuaban de manera aislada-, no estaban a la altura de las exigencias económicas debido, precisamente, a su segmentación. En dicho documento, se señalaba que la consecuencia de tal segmentación era, a largo plazo, que la Comunidad Europea no podría competir con la industria americana y japonesa porque ningún país miembro superaba individualmente el 6% de participación en el mercado mundial, mientras que, unidos podrían llegar al 20%. Además, se señalaba que era necesario crear mercados más amplios que absorbieran los significativos costos de las investigaciones tecnológicas que demandaba el sector. Dicha comunicación es particularmente importante porque revela que el cambio tecnológico tenía una incidencia fundamental en la economía pues si dicho avance no se hubiera producido, la reforma del sector, no habría sido tan urgente<sup>10</sup>.

Posteriormente, y quizá el paso más importante de la liberalización, fue la elaboración y aprobación del Libro Verde Sobre Desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicación del 30 de junio de 1987 (en adelante Libro Verde) donde además de las razones económicas antes señaladas,

---

<sup>10</sup> Como puede verse, en el caso de la Unión Europea, la liberalización no pretendía eludir sino más bien provocar los fenómenos de concentración que hagan posible eliminar los monopolios estatales para crear empresas del tamaño adecuado para ubicarse como un competidor en el mercado mundial. Dadas las características de este sector económico, para hacer posible la competencia económica, era necesario lograr alianzas y acuerdos entre operadores nacionales.

se invocó el argumento - secundario frente a las razones técnicas y económicas expuestas- de libre prestación de servicios.

En el Libro Verde y a través de sucesivas directivas, se propuso la liberalización de los equipos terminales de telecomunicaciones y la liberalización de los servicios. La primera directiva sobre liberalización de servicios propiamente dichos y la segunda de apertura de las redes sobre las que se han de prestar los servicios, así como la ampliación sucesiva de la liberalización a los servicios de telefonía vocal y a las infraestructuras. Estas directivas establecían metas tales como la necesidad de publicar el Libro Verde de las Infraestructuras y el de Telecomunicaciones Móviles y Personales para antes del 1 de enero de 1994 y 1995, respectivamente.

### **1.1.2.2 La liberalización de las telecomunicaciones en la Unión Europea**

Sin duda, el primer paso de la liberalización del sector, fue dismantelar la política de ventas atadas de equipos terminales y servicios de telecomunicaciones. Dicha medida es importante porque jurídicamente, implicaba desconocer el derecho de los Estados a conceder derechos exclusivos a los concesionarios de los servicios de interés general. Económicamente, implicaba una modificación sustancial en la forma en la que se prestaban los servicios de telecomunicaciones hasta ese momento. A este proceso se denominó “liberalización de los terminales”.

Con la liberalización de los terminales, se establecieron mecanismos para garantizar que los aparatos no produjeran daños a los usuarios ni a la red a que se conectaban, imponiéndose entonces, la obligación de publicar las especificaciones técnicas necesarias para cada servicio y exigir homologaciones de los equipos de telecomunicaciones. Dichas homologaciones debían realizarse por personas distintas de los que hasta ese momento habían sido titulares de monopolios o de empresas que realizaran ventas atadas, pues ello podía generar una barrera de acceso a la competencia de los operadores entrantes, retornando al sistema de ventas atadas. Surgió entonces la necesidad de una autoridad reguladora independiente, que constituye uno de los cambios fundamentales y característicos de este proceso. El problema, utilidad e importancia de la liberalización de los terminales se puso de manifiesto con la unión de las telecomunicaciones a la informática, pues significó un cambio sustancial en el servicio, en los costes en relación con otros productos, en posibilidades de negocio, proyectos de investigación, entre otros.

El segundo paso de la liberalización fue la apertura de todos los servicios prestados sobre infraestructuras de telecomunicaciones, -salvo los servicios de telefonía vocal-, y que se extendía a la telefonía móvil, al télex, a las comunicaciones por satélite, y sobre todo a la transmisión de datos, que se clasificaba como un servicio distinto a la transmisión de voz. Esta liberalización *"abría además la utilización instrumental de los circuitos que las compañías titulares del servicio público de telecomunicaciones debían poner a disposición de quienes quisieran prestar el servicio de conmutación de datos"*<sup>11</sup> lo que constituía sin duda un elemento completamente nuevo en el sector. Para lograr este objetivo era necesario asegurar que los monopolios cumplieran con la directiva y que entonces, los nuevos entrantes accedan a la infraestructura para prestar otros servicios. Ya en ese momento, se tenía claro que no bastaba con decir que el titular de las infraestructuras debía alquilar sus circuitos a los nuevos entrantes, sino era preciso vigilar que ello se cumpliera de modo efectivo, que esos circuitos tuviesen la capacidad requerida por los nuevos prestadores y por el estado de la técnica, asegurando que el arrendamiento se haga en condiciones de igualdad con el propio titular de la red. Otra vez, la vigilancia de estos aspectos fue encargada a un tercero independiente: el organismo regulador que ya había asumido la tarea de realizar las homologaciones.

La liberalización de los servicios abre paso a una nueva fase: la competencia leal o desleal en un mercado con un operador monopólico.

Con las directivas sobre oferta de una red abierta de telecomunicaciones (*Open Network Provision* ONP que es equivalente a la versión americana de *Open Network Architecture* ONA) se puso en evidencia el conflicto de conciliar la competencia respecto de determinados servicios (valor añadido) y mantener el monopolio de otros (telefonía vocal) pues todos los servicios se soportan en la misma infraestructura. Esto supuso para los operadores un cambio radical en su comportamiento, pues los operadores debían aprender a "convivir" con los operadores entrantes. Ello obligó a nuevos cambios, pues por ejemplo, era necesario desechar las prácticas de subsidios cruzados que permitían a los operadores financiar los servicios menos rentables con otros más rentables, práctica tan extendida que ocurría inclusive con un mismo servicio prestado en zonas de mayores o menores recursos o subsidiando los servicios residenciales con los comerciales. Paralelamente, era necesario lograr que las zonas comercialmente no rentables contasen también con los servicios, ideándose entonces diversos mecanismos y desarrollándose el principio de servicio universal.

---

<sup>11</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO. o. c., p. 36



Frente a este panorama -que implicaba un drástico cambio en los modelos de prestación de los servicios de telecomunicaciones-, fue necesario definir políticas tarifarias que respondan a cada uno de los servicios y las respectivas estructuras de precios para llevarlas a sus reales niveles de mercado y crear una autoridad regulatoria con funciones bien definidas, que vigile el cumplimiento de las reglas de la leal competencia y que actúe de manera independiente. Como es posible apreciar, la *"liberalización de los servicios y oferta de red abierta son, pues, dos de los elementos de la política europea de telecomunicaciones, que han determinado una transformación en el sector y han obligado a una nueva forma de aproximarse a la regulación de toda la actividad."*<sup>12</sup>

Este proceso de liberalización y apertura fue progresivamente hacia todos los mercados, inclusive a aquellos que siempre fueron considerados como monopolios naturales como ocurre con la telefonía vocal. En efecto, inclusive en este servicio, se comenzaron a plantear metas para la apertura antes de 1998.

Dado que la liberalización en un sector afectaba de manera directa a la parte no liberalizada o que se mantenía sin competencia, cuanto más se avanzaba en la liberalización, más importante era lograr que todos los servicios se presten en competencia y que las tarifas obedecieran a costes debido a que es la forma en la que el mercado se mantiene estable y la competencia efectiva se produce.

La razón para el avance de la liberalización y para la magnitud de este proceso respondió a la importancia estratégica de las telecomunicaciones en los países más desarrollados del mundo, a la necesidad de acometer fortísimas inversiones, que los Estados de la Comunidad consideraban debían provenir del sector privado y no del esfuerzo público, a la confluencia de las telecomunicaciones con la informática, al desarrollo de la industria audiovisual y a la necesidad de que la sociedad de la información que se estaba desarrollando, contase desde el principio con dimensiones adecuadas.

Es necesario sin embargo, tener en cuenta que *"la liberalización no es tanto un punto de llegada como un punto de partida que exige reconstruir las técnicas dirigidas a conseguir la compatibilidad de dos objetivos que pueden parecer contradictorios, pero cuya coexistencia es condición sine qua non del proceso de liberalización. En efecto, la liberalización no es el acta de defunción de los fines de interés público que el servicio público pretende conseguir; en realidad es otra forma de conseguir esos mismos fines en un contexto de competencia. La*

---

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 40

*dificultad está en lograr que el afán de lucro que inspira la competencia en el mercado sea encauzado de forma que también se satisfagan las necesidades de interés general que justificaban el servicio público. Éste por su parte, seguirá siendo el mecanismo técnico indicado para determinados tipos de actividades o segmentos de actividad. Todo ello pone de manifiesto que la liberalización exige un esfuerzo de reconstrucción de las técnicas de satisfacción de intereses y necesidades generales, pero ahora en un contexto de libertad de mercado.*"<sup>13</sup>

Como puede verse, la discrecionalidad de los Estados para determinar qué actividades son servicios públicos, y establecer su régimen de acuerdo a sus concepciones de política económica, fue asumida por la Comunidad Europea. Las normas de la Comisión –impugnadas por algunos Estados y ratificadas por el Tribunal de Luxemburgo–; constituyen otros límites para los Estados que pretenden establecer derechos especiales o exclusivos o encargar la gestión de servicios. Ello implica, que la subordinación inicial de la Comisión a los Estados se revierte, pues es la Comisión la que define el criterio de oportunidad para establecer los servicios públicos y ello hace que la transformación del modelo se generalice en la Unión Europea.

## 1.2 La liberalización en Norteamérica

### 1.2.1 La actividad reguladora

A diferencia de los países de tradición continental, en Estados Unidos, todas las actividades económicas, incluyendo las de servicios públicos o *public utilities*, siempre fueron realizadas por la iniciativa privada. Ello no significó, sin embargo, una ausencia del Estado en las actividades económicas ni la desprotección de los usuarios de los servicios básicos. El interés común, entendido en este modelo como el *"resultado de la combinación de los intereses particulares de los ciudadanos"*<sup>14</sup> pretendió ser protegido a través de la regulación económica que, partiendo del *"carácter estrictamente privado de la actividad... la incidencia de la Administración es puramente externa y dirigida a garantizar algunos intereses esenciales de los consumidores y usuarios"*<sup>15</sup> sin que ello signifique la sustracción

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p 159

<sup>14</sup> CREMADES, o. c., p. 1218

<sup>15</sup> *Ibíd.*, 133

de la actividad al sector público. El Estado intervino entonces muy pronto imponiendo ciertas reglas de conducta a los titulares de las actividades económicas, las mismas que fueron implementadas a través de agencias reguladoras<sup>16</sup>.

El sistema de regulación presentó desde sus inicios dificultades importantes en el proceso de definir qué actividades están sujetas a regulación, cómo se regula, cuáles son las medidas regulatorias que el Estado debe implementar, así como la forma de medir el impacto de las mismas. En efecto, desde el primer intento por controlar la actividad de ferrocarriles –primera actividad sujeta a regulación-, fue evidente la complejidad de medir los costos, de modificar tasas de acuerdo con los cambios de condiciones económicas o de mercado, la necesidad de supervisar calidad del servicio -aspecto necesario para regular las tasas de los servicios para ser efectivos-, evaluar y resolver las solicitudes de excepciones a la aplicación de la regulación y la presión y manipulación de los políticos.

Para solucionar estos problemas, se crearon comisiones administrativas estatales que debían regular la actividad de ferrocarriles. Inicialmente, la actividad de dichas comisiones se limitó a investigar y hacer recomendaciones para legislar sobre niveles de ganancia y otras condiciones del servicio. No obstante, este modelo, usado principalmente en los Estados del este, sirvió únicamente para fortalecer el poder económico de los ferrocarriles, pues las agencias accedieron a todas las solicitudes de éstos. En respuesta a las demandas del *Granger Movement*, varios estados del medio oeste avanzaron creando una comisión de ferrocarriles y almacenaje a la que se encargó la regulación de los ferrocarriles, los almacenes y los elevadores de granos. Estas comisiones debían controlar los precios y los servicios de las industrias reguladas antes que emitir normas.

A ello se sumaba el hecho que las medidas regulatorias que no favorecían los intereses de las empresas reguladas, eran cuestionadas alegando la violación de los derechos de propiedad. Así, cuando en 1871 la legislación estatal emitió una norma estableciendo el precio máximo que los elevadores de Chicago podían cobrar para transportar y almacenar grano, los operadores de los elevadores demandaron la derogación de la norma invocando la Decimocuarta Enmienda Constitucional por considerar que se había violado su derecho al debido proceso. Los propietarios alegaban que la norma había puesto un límite en las ganancias de los elevadores de granos, lo que no solo limitaba al operador establecido sino reducía el valor de mercado de la propiedad del elevador. Para los propietarios, se

---

<sup>16</sup> El antecedente más remoto de las agencias reguladoras se encuentra en el *Rhode Island law* de 1839.

trataba de una forma de expropiación y por tanto era inconstitucional, pues no habían sido sometidos al procedimiento correspondiente. A partir del caso *Munn v. Illinois*, en 1876, la Corte Suprema señaló que los elevadores de grano estaban afectados a un interés público y por tanto eran objeto de regulación estatal. La corte señaló que existía un “monopolio virtual” y señaló que donde el público no cuenta con competencia para protegerse a sí mismo, era permitido que los estados regulen el negocio sobre la base del “interés público”. La corte señaló que cuando alguien *“dedica su propiedad a un uso en el cual el público tiene un interés, el propietario, en efecto, permite al público un interés en ese uso, y debe someterse a ser controlado por el público para el bien común, para extender el interés que él creó”*<sup>17</sup> A partir de ese fallo, se abrió la puerta para la regulación de las actividades “afectadas por el interés público”. Se llegó a afirmar que una vez que se ha determinado que un negocio está *“vestido de interés público” la legislación tiene libertad para imponer cualquier tipo de regulación que pueda considerarse deseable*<sup>18</sup>.

Dado que este fallo no sustentó la intervención estatal en la existencia de poder monopólico ni en una vulneración a las normas sobre competencia, ni había identificado la diferencia sustancial entre los elevadores y los otros negocios tales como la fabricación de calzado por ejemplo, a través de fallos posteriores, se llegó a afirmar que todas las actividades económicas estaban sujetas a la regulación económica a no ser que el Congreso impida o prohíba la regulación. Posteriormente, se emitieron una serie de fallos que dispusieron, por ejemplo, que no se podía obligar a los ferrocarriles a llevar mercancía o personas sin una retribución, el reconocimiento del principio de “justa contraprestación”, la doctrina del “valor justo” para el juzgamiento de las expropiaciones, entre otras. En suma, se señaló que si un Estado optaba por la regulación de determinado negocio, su regulación debía ser razonable y sus decisiones no podían ser impuestas arbitrariamente. De esta manera, se establecieron estándares para la actuación de los reguladores respecto de las actividades de interés público. Así, por casi cincuenta años hasta 1930, las cortes declararon en reiteradas ocasiones que ciertas normas regulatorias no tenían sustento real en la salud, seguridad u otros objetivos que la regulación pretendía lograr.

No obstante, la regulación estatal fue en aumento e inclusive se llegó a regular la actividad de los barberos, prohibiendo su trabajo en los días domingo -bajo el argumento de que existía posibilidad de que las enfermedades venéreas fueran

---

<sup>17</sup> PIERCE J. Pierce Jr., Ernest GELLHORN. *Regulated Industries in a Nutshell*. 4ta. ed. St. Paul Minn; West Group 1999, p. 79.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 79.

transmitidas por su actividad-, se dispuso que las farmacias tuvieran un químico farmacéutico registrado en el establecimiento, y que los anteojos fueran vendidos únicamente con una receta del oftalmólogo. La regulación llegó a copar virtualmente todas las actividades económicas y no lo hizo de manera eficiente en todos los casos. Por ejemplo, los servicios de telecomunicaciones, estaban regulados por la *Communications Act de 1934*, que permitió que este servicio estuviera regido por tres pilares básicos, a saber: "(i) la franquicia protegida, en donde a los operadores potenciales se les prohibía competir e incluso interconectarse con el operador franquiciado, de forma que el monopolio natural aparecía como una profecía que se cumplía a sí misma; (ii) la cuarentena, ya que el monopolista era confinado en su esfera de regulación y se le prohibía exportar su influencia en mercados competitivos vecinos y (iii) la regulación *creddle-to-grave* (desde la cuna hasta la tumba), en cuya virtud los precios, plazos y condiciones de los servicios del monopolista tenían que "venderse" antes a los reguladores para luego poder ser vendidos (ahora sí) a los clientes"<sup>19</sup>.

Los efectos de la regulación económica norteamericana, eran –y aún son- materia de serios debates entre los economistas. Ello porque si bien cuando se trata de un supuesto o modelo concreto de regulación es sencillo analizar las consecuencias de la regulación económica, es muy complicado analizar el efecto económico de la regulación en general o los beneficios que ésta supone para toda la sociedad.

Los cuestionamientos a la pertinencia y eficacia de la regulación -principalmente los de carácter académico-, fueron llevados a estudios empíricos, realizados principalmente como consecuencia de la desregulación del transporte y los servicios financieros a finales de la década del setenta y a la venta de gas en los ochenta. Los resultados de estos procesos hacían evidente que la desregulación producía enormes ganancias en eficiencia, usualmente acompañadas de significativas disminuciones de precios. Se demostró por ejemplo, que en lugar de mantener los precios y la calidad en niveles competitivos, la regulación frecuentemente favorecía a las industrias establecidas, protegiéndolas de la disciplina del mercado, generaba ineficiencia en el servicio y cálculos de precios erróneos que por ser demasiado elevados o bajos, dejaban a los consumidores desprotegidos, o denegaban a los productores retornos competitivos, haciendo poco atractiva la inversión del capital. Estas conclusiones convencieron a muchos analistas, legisladores y administradores que era necesario buscar nuevas

---

<sup>19</sup> Citado por PEÑA, Pedro, de Kellogg, Thorne y Hubber *Federal Communicatios Law Litle, Brown and Company, Boston, Toronto, London, 1992* p. 1 y 2. en: "Desregulación y Competencia en la Ley de Telecomunicaciones Norteamericana de 1996" En: *REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* num. 141 Setiembre-diciembre 1996, p. 338

opciones regulatorias para hacer la labor del gobierno más eficiente y motivó que muchos reguladores, por iniciativa propia, iniciaran procesos de reforma. El movimiento de “desregulación” impulsó entonces un proceso para reducir la intervención administrativa en las actividades económicas, aunque propugnaba nuevos métodos de regulación para aquellas industrias que por su estructura y características no funcionarían adecuadamente sin regulación. La estrategia reguladora del Estado en esos casos, debía generar mercados competitivos, pues la fuerza de la competencia es la que motiva la innovación y eficiencia económica.

### 1.2.2 La reforma el sector telecomunicaciones norteamericano

La reforma en el sector telecomunicaciones norteamericano se inició en la década del setenta cuando como consecuencia de las decisiones de la *Federal Communications Commission* (FCC) y de las Cortes, se comenzaron a “desempaquetar” los servicios de telecomunicaciones. La FCC obligó a AT&T a permitir que sus usuarios compraran y usaran equipos de telecomunicaciones de otros fabricantes distintos de AT&T<sup>20</sup>. En el mismo período, se obligó a AT&T a permitir que sus competidoras de larga distancia accedieran a las facilidades del bucle local. Posteriormente, en el año 1982, con la aprobación del *Divestiture Decree*, se desmembró el Sistema Bell entre AT&T por un lado y las siete *Regional Bell Operating Companies* (RBOC por sus siglas en inglés)<sup>21</sup>. Este *Divestiture Decree* contenía cuatro disposiciones básicas: (i) requería a AT&T a desinvertir en sus compañías operadoras de telefonía local (BOC’s por sus siglas en inglés); (ii) requería a las BOC’s para que proporcionasen interconexiones iguales a los operadores de larga distancia y a los proveedores de información y evitasen ciertos actos definidos como discriminatorios, (iii) prohibía a las BOC’s que entrasen en los mercados competitivos de telefonía de larga distancia, servicios de información, negocios relacionados con la fabricación de equipo técnico y, en general, en cualquier negocio competitivo, y (iv) liberaba a AT&T de las restricciones impuestas por el Consent Decree de 1956.

Con esta decisión judicial, se separó lo que se consideraba monopolio local de los mercados considerados competitivos, pues el Departamento de Justicia creía que mantener ambos mercados unidos generaba mayores dificultades para la competencia. De esta manera, AT&T retendría los mercados competitivos y podría

<sup>20</sup> North Carolina Utilities Comisión v. FCC 552 F.2d 1036 (4th Cir. 1977)

<sup>21</sup> Las RBOC’s son compañías *holding* que agrupan, a su vez, a las 22 Compañías Operadoras Bell (BOC por sus siglas en inglés) que son las principales filiales de telefonía local.

entrar en cualquier nuevo mercado de su elección, mientras que las BOC's mantendrían el monopolio de la telefonía local pero quedaban prohibidas de entrar en mercados competitivos y debían mantener un acceso equitativo o *equal access* tanto de AT&T cuanto de otros operadores de larga distancia. En 1987 se permitió a las BOC's a ofrecer servicios distintos de los de telecomunicaciones.

Adicionalmente, se tomaron ciertas medidas destinadas a impedir que las empresas con poder monopólico perjudicaran el mercado. Así por ejemplo, se bloqueó judicialmente la fusión del mayor operador de telefonía local (GTE) y el tercer mayor operador de larga distancia (Sprint), pues se consideró que una empresa verticalmente integrada y de grandes dimensiones podría incurrir en prácticas anticompetitivas como los subsidios cruzados y discriminación o podría impedir el acceso de otros competidores. Igualmente, en 1994 el Departamento de Justicia siguió un proceso para asegurarse que si AT&T compraba al mayor operador de telefonía celular del país (McCaw Cellular Communications Inc.) no causara perjuicios a la competencia debido a que ambas podrían utilizar su supuesto poder de mercado para operar como un duopolio en detrimento de MCI, Sprint y otros operadores del servicio inalámbrico de larga distancia. AT&T se comprometió entonces a guiarse por los requisitos de acceso equitativo y que serían similares a los que estuvieran en vigor para los operadores de servicios inalámbricos de las Compañías Bell y a no proporcionar servicio de larga distancia distinto al ofrecido por su filial McCaw. El Departamento de Justicia consideró también que AT&T en su división de fabricación de equipo, tenía poder de mercado sobre sus clientes cautivos de telefonía celular y podía ofrecer a McCaw una ventaja sobre otros operadores, permitiendo a McCaw acceso privilegiado al nuevo hardware y software o compartiendo información sensible que AT&T hubiese obtenido de sus competidores. Por esa razón, AT&T aceptó asumir las condiciones de confidencialidad y no discriminación en la prestación de tales servicios.

Como consecuencia de (i) el progreso tecnológico que ponía a las telecomunicaciones como una de las industrias más importantes económicamente, (ii) los evidentes cambios en el mundo empresarial que se veían reflejados en, por ejemplo, la escisión voluntaria de AT&T en tres compañías, la compra de CBS por Westinghouse y de ABC por Disney, y (iii) el hecho que las telecomunicaciones eran uno de los servicios fundamentales para las personas, la reforma de la regulación del mercado norteamericano era urgente. Dicha reforma fue emitida por el Congreso al expedir la *Communications Act* de 1996 que pretendía "*ajustar la regulación a la innovación tecnológica y al impulso económico que habían transformado radicalmente el mundo de las telecomunicaciones... sin perder de*

*vista ciertos objetivos de carácter social, tales como maximizar la calidad global y la conveniencia de las telecomunicaciones o garantizar que éstas se encuentren al alcance de los ciudadanos*<sup>22</sup>

El objetivo de esta ley era incrementar la competencia en el mercado de larga distancia e introducir competencia en el mercado de telefonía local y desregular el mercado, pues como ésta misma señalaba, buscaba *“promover la competencia y reducir la regulación en orden a asegurar precios más bajos y servicios de mejor calidad para los consumidores de telecomunicaciones americanos y fomentar el rápido desarrollo de nuevas tecnologías de telecomunicaciones”*.

El modelo norteamericano que hasta entonces se había caracterizado por el (i) dominio del sector privado y ausencia de una empresa pública nacional en el sector telecomunicaciones; (ii) una estructura legal independiente para regular las empresas telefónicas, que operaba desde 1934; (iii) descentralización de la regulación con una variedad de entidades y organismos de nivel federal y estatal; y, (iv) participación del sistema judicial; fue reformado para encaminarlo hacia un mercado competitivo en todos los servicios, para hacerlo más dinámico y menos regulado, iniciando con ello la “desregulación” en este sector. Esta reforma, se unió a la que vivía la Unión Europea y Japón, que también estaban en el esfuerzo de promover la competencia en el sector.

### 1.3 El caso peruano

En el Perú, los primeros servicios de telecomunicaciones nacieron por iniciativa privada, con autorización del Estado. No obstante, bajo la consideración de que el sector telecomunicaciones era estratégico en la seguridad nacional, se nacionalizaron las empresas de telecomunicaciones, entre ellas la Compañía Peruana de Teléfonos<sup>23</sup> y luego se expropiaron las acciones de la Compañía Nacional de Teléfonos<sup>24</sup>, creándose la empresa ENTEL PERU S.A. Posteriormente<sup>25</sup>, ENTEL PERU absorbió a la Sociedad Telefónica del Sur S.A. que hasta ese momento, prestó servicios a la región del sur del país, con lo que desde la década de los noventa, el Estado fue el prestador de los servicios de telecomunicaciones en un régimen de exclusividad.

---

<sup>22</sup> PEÑA, o. c., p. 339

<sup>23</sup> Ello ocurrió con la promulgación del Decreto Ley 17860 de fecha 15 de marzo de 1970.

<sup>24</sup> Esta compañía fue expropiada en julio de 1972

<sup>25</sup> En 1973



Durante esta etapa, si bien el Estado prestaba directamente los servicios de telecomunicaciones, los indicadores de la prestación del servicio, muestran que existían serias deficiencias en la penetración telefónica, en la calidad del servicio, en los costos de instalación de las líneas fijas y el tiempo de espera para ser un abonado del servicio. En efecto, hasta el año 1994<sup>26</sup> el tiempo de espera para la conexión de una línea telefónica era de 18 meses, la fibra óptica instalada era de 200 kilómetros, las localidades con servicio telefónico eran 1450 a nivel nacional, el número de líneas instaladas era de 700,000 aproximadamente, el costo de la conexión telefónica era de US\$ 1,500.00, la densidad de telefonía fija era de 3.21 líneas por cada 100 habitantes, el porcentaje de líneas en servicio era de 86.8% y en la telefonía pública, la densidad telefónica era de 0.32 líneas por cada 100 habitantes.

Pues bien, siguiendo la tendencia internacional, a principios de la década de los noventa se inició un proceso de privatizaciones que suponían la transferencia de las actividades del Estado a manos de los particulares. En el caso de telecomunicaciones, este proceso se dio con un renovado marco legal<sup>27</sup> que permitía la inversión privada y establecía la competencia económica en el sector. Estas normas tuvieron respaldo constitucional con la Constitución Política de 1993 que consagró el rol subsidiario del Estado en la Economía y su función de velar por la libre y leal competencia prohibiendo el establecimiento de monopolios<sup>29</sup>. Esta última disposición fue materia de la Ley de Desarrollo Constitucional 26285 que, de conformidad con la octava disposición final y transitoria de la Constitución, dispuso la eliminación progresivamente del monopolio legal otorgado en los servicios portadores y finales y creó la agencia de competencia y regulación para el sector telecomunicaciones, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL).

El proceso de privatización de los servicios de telecomunicaciones se inició en junio de 1992 con el nombramiento de la Comisión Especial de Privatización del sector Telecomunicaciones CEPRI TELECOM, la misma que estuvo encargada de

---

<sup>26</sup> [www.yachay.com.pe/especiales/internet/index2.htm](http://www.yachay.com.pe/especiales/internet/index2.htm);  
[www.osiptel.gob.pe/index.ASP?T=P8P=2639](http://www.osiptel.gob.pe/index.ASP?T=P8P=2639)

<sup>27</sup> El Decreto Legislativo 702 que derogó el Decreto Ley 19020 Ley General de Telecomunicaciones y cuyo Texto Único Ordenado fue recogido en el Decreto Supremo 013-93-TCC (en adelante La Ley de Telecomunicaciones) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 006-94-TCC (en adelante el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones). Esta última, ha sido modificada sucesivamente, por lo que con fecha 15 de julio de 2004 se aprobó el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>29</sup> Artículos 60 y 61 de la Constitución Política.

realizar el proceso de privatización de la Compañía Peruana de Teléfonos CPT S.A. que operaba en las ciudades de Lima y Callao y de la empresa ENTEL PERU S.A. que prestaba sus servicios en todos los departamentos del Perú, con excepción de Lima y Callao.

Este proceso culminó con el concurso público de venta de activos de estas dos empresas en el mes de febrero de 1994, en el que Telefónica de España S.A. se adjudicó la buena pro, convirtiéndose en la concesionaria de los servicios portador y final en las modalidades fija y móvil en todo el Perú. Como consecuencia de este proceso, CPT S.A. y ENTEL PERÚ S.A. fueron fusionadas, siendo ahora Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante Telefónica) la empresa titular de los Contratos de Concesión de ambas empresas.

El modelo peruano, de conformidad con la Ley de Desmonopolización Progresiva, estableció un período de concurrencia limitada o monopolio en el que Telefónica prestaría el servicio de telefonía fija local y los servicios portadores de larga distancia hasta el 27 de junio de 1999. No obstante, la apertura del mercado se produjo el 1 de agosto de 1998, como consecuencia de la firma de las Addenda a los Contratos de Concesión aprobados mediante Decreto Supremo 020-98-MTC, en los que se redujo el período de concurrencia limitada.

En el modelo peruano, se optó por la separación contable de los mercados de telecomunicaciones, permitiendo la integración vertical de los servicios de telecomunicaciones. Por ello, un mismo operador puede, al mismo tiempo, prestar servicios portadores, finales y de valor agregado. El objetivo de la separación contable es lograr que la empresa operadora no incurra en prácticas tales como los subsidios cruzados y puedan establecerse los costos directos incurridos en cada uno de los servicios, de modo que las tarifas respondan a costos.

Con la creación del regulador, el modelo peruano apostó –como ocurrió con los procesos de liberalización europeos- por la existencia de un regulador independiente de los operadores y que vigile la correcta actuación del mercado y la adecuada implementación del modelo. Las actividades del regulador, se centraron en un primer momento a vigilar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión, las mismas que estaban referidas principalmente al cumplimiento de los planes mínimos de inversión, al establecimiento de las tarifas máximas de los servicios concedidos, al cumplimiento de metas de calidad de servicio, entre otros. Todas las obligaciones iniciales del regulador estaban vinculadas principalmente a lograr el incremento de la densidad telefónica y a mejorar la calidad de los servicios, pues como se ha

señalado, en el momento en que se decidió la privatización, esos eran los indicadores más críticos y que requerían de mayor atención.

Una vez concluido el período de concurrencia limitada, la actividad del regulador era establecer las condiciones para la existencia de nuevos operadores en el mercado y lograr una real y efectiva competencia. Y es por ello, que en esta etapa, el tema central de la actividad reguladora es la interconexión de los servicios de telecomunicaciones

Cuando la competencia sea una realidad en el sector, el rol del regulador será vigilar que el comportamiento del mercado se adecue a prácticas de libre y leal competencia y lograr a partir de ello, mayor beneficio y bienestar para el usuario.

## **1.4 La competencia en telecomunicaciones**

### **1.4.1 La competencia económica**

Como puede apreciarse de la revisión realizada, más allá del modelo jurídico adoptado, (es decir si se considera que la provisión del servicio de telecomunicaciones es un servicio público o si se trata de actividades privadas sujetas a regulación), y más allá de la naturaleza privada o pública de las empresas que prestan el servicio, en los últimos años, como consecuencia de razones de toda índole, -tecnológicas, sociales y principalmente económicas-, se ha producido una profunda transformación en la forma de prestar los servicios de telecomunicaciones.

Dicha transformación pasa por haber dejado de lado la concepción tan fuertemente arraigada que las telecomunicaciones, son un mercado monopólico. Como se ha visto, tanto el proceso de liberalización iniciado en la Unión Europea cuanto el proceso de desregulación norteamericano, tienen entre sus objetivos fundamentales introducir la competencia económica en el sector telecomunicaciones, dejando atrás los modelos que de una u otra manera garantizaban la permanencia de un solo operador en el mercado.

Pues bien, cuando se alude a competencia económica, se hace referencia a un concepto económico y pluridimensional<sup>30</sup>. Ello porque en la competencia económica puede identificarse: (i) una dimensión estructural o concurrencial según la cual ésta se concibe como relación de una pluralidad de sujetos económicos que actúan en el marco de un determinado mercado; (ii) otra dimensión dinámica o competitiva conforme al cual, la competencia se concibe como un proceso de actuaciones a través del cual aquella pluralidad de personas lucha entre sí por conseguir la misma meta económica en una misma unidad de tiempo y espacio, y; (iii) finalmente, una dimensión ideológica o político social –y que por ello mismo tiende a ejercer una evidente función de mercado- para la cual la competencia conforma un particular sistema institucional de vida social dentro del cual se ordenan las actividades de los sujetos económicos.

Para que un mercado pueda considerarse competitivo<sup>31</sup>, es necesario que concurren en mayor o menor medida, tres circunstancias: la formación autónoma

<sup>30</sup> FONT GALÁN, Juan Ignacio. Constitución Económica y Derecho de la Competencia. Madrid, Tecnos 1987; p. 33

<sup>31</sup> Para explicar el fenómeno de la competencia, se recurre al modelo teórico de la competencia perfecta. Este modelo se sustenta en la existencia simultánea de “a) libertad de acceso al mercado: *toda persona que quiera emprender una actividad económica es libre de hacerlo y los empresarios presentes en el sector no pueden oponerse a ello*; b) el atomismo del mercado: *tanto del lado de la oferta como de la demanda existe un número considerable de unidades económicas*; c) homogeneidad de los productos o servicios: *todos los empresarios de un mismo sector ofrecen al mercado bienes o servicios que los consumidores o usuarios juzgan homogéneos e idénticos ...como dos guisantes de una misma vaina o dos granos de trigo*; d) ausencia de un poder de un control sobre los precios: *siendo tan idénticos los productos o servicios en el mercado, ningún empresario logrará elevar su precio por encima del común que rija en el mercado, formando según el libre juego de la oferta y la demanda, y siendo tan numerosos los empresarios ninguno de ellos conseguirá deprimir el precio del mercado aunque doble o triplique la producción*; e) transparencia del mercado: *todos los vendedores y compradores actuales o potenciales están perfectamente informados acerca de los precios y características de los bienes y las oportunidades existentes de vender y comprar*; f) movilidad de los factores de producción: *éstos son totalmente transferibles y pueden ser empleados en cualquier ramo industrial*; g) finalidad del máximo beneficio y utilidad: *los empresarios buscan la finalidad de conseguir el máximo beneficio, y los consumidores o usuarios la máxima utilidad*”<sup>31</sup>. No obstante, tratándose de un modelo teórico, éste nunca ha tenido vigencia en la realidad, y por ello, los economistas señalan que las economías abiertas a la competencia, se sustentan en el modelo de la competencia imperfecta, pero practicable. Este tipo de competencia, se caracteriza por “a) libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios. Pero de hecho, existen grupos económicos que adoptan en el mercado posiciones dominantes y crean situaciones de monopolio u oligopolio. b) falta de homogeneidad de los productos o servicios y carácter sustituible de los mismos. La producción industrial en masa, fruto de la actividad de una multiplicidad de grandes, medianos y pequeños empresarios, ha traído como consecuencia, la pérdida del carácter homogéneo de los productos o servicios –propio de un mercado en competencia perfecta- y la creciente diferenciación de éstos ...c) presencia en cada mercado de

de los precios, la libertad de elección de los consumidores y la imposibilidad de que las empresas concurrentes basen exclusivamente en decisiones propias su política industrial, comercial y de ventas.<sup>32</sup> En la medida que la formación de precios sea independiente de las determinaciones, actuaciones y acuerdos de quienes concurren al mercado y respondan a la oferta y demanda, y en la medida que el empresario tome sus decisiones de política industrial, comercial y de ventas empresariales tomando en cuenta las decisiones de sus posibles competidores y no exclusivamente sus propias decisiones, existirá competencia.

En un mercado competitivo, *“las ventas que efectúe cada competidor han de ser atribuidas esencialmente a la elección del consumidor que ha comprado y no a una distribución legal o administrativa de los compradores eventuales o a otra razón análoga. El factor que mueve todo sistema de competencia es que el hecho de que un empresario realice una operación comercial quiera decir que ha sido elegido por el comprador de que se trate, de un modo fundamentalmente libre”*<sup>33</sup>. Para ello, es necesario que se garantice el libre ejercicio de la actividad económica por una pluralidad de empresarios, independientes entre sí desde el punto de vista económico, quienes se esforzarán en ser elegidos por los consumidores, pues es la única forma en que lograrán crear e incrementar riqueza. Este esfuerzo empresarial permitirá a los consumidores lograr una adecuada satisfacción de las necesidades, pues la pugna existente entre los oferentes le permitirá lograr mejores precios, mejores servicios y en general, mejores condiciones de consumo. En el esquema competitivo, el empresario, en su afán de maximizar su beneficio, permitirá que los consumidores tengan a su vez las opciones que satisfagan mejor sus necesidades, por lo que se considera un sistema eficiente.

No obstante, en la práctica, no siempre es posible que ocurra la competencia debido a que puede haber ciertas limitaciones al ingreso de los competidores al mercado o barreras de entrada, que pueden ser consecuencia de disposiciones

---

*los denominados poderes económicos o de mercado que controlan o manipulan directa o indirectamente la oferta, la demanda, los precios, y en general, las condiciones de cambio o contratación de los bienes y servicios. (...) e) intervención del Estado en la economía del país tanto para regular la vida económica de los distintos sectores industriales y mercados, como para desarrollar directamente actividades económicas. El mercado –“se dice- exige Estado” f) en esta situación económica descrita presidida por el mercado hay que presuponer, como afirma Broseta, “la existencia de un cierto, aunque relativo, grado de competitividad entre las empresas”, pues “para que exista competencia imperfecta es indispensable la presencia de un cierto grado de libertad o de iniciativa privada en el quehacer económico”* FONT GALÁN o. c., p. 35 - 44

<sup>32</sup> BAYLOS CARROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial Propiedad Intelectual Derecho de la Competencia Disciplina de la Competencia Desleal. Madrid; Civitas 1978; p. 227

<sup>33</sup> Ibid., p. 227

legales o de las características de la actividad económica. Son ejemplos de barreras de entrada (i) las restricciones estatales para el ingreso a ciertas actividades, por ejemplo las concesiones otorgadas en exclusividad para la explotación de determinado bien o servicio; (ii) las economías de escala, que se producen cuando el costo unitario de producir un bien disminuye a medida que aumenta la producción y permite la reducción de los costos medios a medida que aumenta el volumen de producción. Un proveedor establecido de gran dimensión puede producir a un costo medio mucho menor que las empresas recientemente implantadas; (iii) elevados costos fijos o de capital, que sólo son posibles en determinado nivel cuantitativo de producción, venta o consumo de los bienes producidos; (iv) derechos de propiedad intelectual, como los derechos de autor y protección mediante patentes, que pueden afectar la disponibilidad de insumos o productos clave para los competidores.

Cuando las economías de escala para producir determinado bien o servicio son tan grandes que el mercado relevante puede ser atendido con menores costos por una sola firma, se dice que existe un monopolio natural. La combinación del tamaño del mercado y el costo de producir determinado bien o servicio hacen que sea más eficiente que una sola empresa produzca el bien o servicio, pues de esa manera los productos tendrán un costo menor que si existieran en el mercado dos o más competidores.

#### 1.4.2 La competencia en telecomunicaciones

Pues bien, introducir competencia económica en los servicios de telecomunicaciones no es una tarea fácil. Ello porque una de las principales características de las industrias de servicios públicos, y en particular de los servicios de telecomunicaciones, es que se trata de mercados que combinan actividades naturalmente monopolísticas -como las redes de transmisión- con actividades potencialmente competitivas -como la provisión de servicios sobre las redes- cuya existencia depende del acceso al sector monopólico de la actividad<sup>34</sup>.

En efecto, una de las características esenciales del sector telecomunicaciones es que la red fija local o bucle local tiene características monopólicas debido a (i) la existencia de economías de escala o aglomeración, que hacen posible que los

---

<sup>34</sup> ARMSTRONG Mark, COWAN Simon, and VICKERS John. Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience; London; MIT 1994; p.3

servicios sean más baratos si una sola firma presta los servicios en lugar de que lo hagan dos o más; (ii) la realización de las economías de escala requiere normalmente, inversiones no líquidas en infraestructura a gran escala, con altos costos hundidos; (iii) la inversión fija suele representar una parte considerable de los costos totales e implica que los prestadores de los servicios hagan uso intensivo del capital; y, (iv) la inversión fija en los servicios públicos apunta a satisfacer la máxima proyección de la demanda y sus incrementos previstos a lo largo del tiempo, lo que puede generar capacidad ociosa. Aún en el caso de la telefonía local inalámbrica, existe una limitación del espectro, que dificulta o impide –por lo menos en el corto plazo- el ingreso de competidores a ese mercado. A ello se agrega el hecho que cuanto más cobertura tenga la red, mayor será el valor de la misma, pues permitirá lograr la comunicación entre más usuarios.

Paralelamente, existen servicios tales como el de larga distancia, la transmisión de datos, el acceso a Internet u otros, que si bien son actividades esencialmente competitivas, requieren el bucle local, pues de otro modo no podrían completar las comunicaciones<sup>35</sup>.

Este hecho, hace que la reforma destinada a lograr introducir la competencia en el sector plantee diversas cuestiones respecto de la mejor forma para lograr compatibilizar el objetivo de la competencia con la estructura monopólica de un sector del mercado e impedir que el titular del monopolio utilice su posición para distorsionar o impedir la competencia en los mercados que sí son potencialmente competitivos.

Una de las respuestas a este problema es la separación o segmentación de las actividades de telecomunicaciones. Dicho proceso se inició con la segmentación o diferenciación de las actividades de producción y venta de equipos de telecomunicaciones de la actividad de la prestación del servicio local y que, posteriormente, se extendió a la segmentación de los mercados de larga distancia y el mercado de telefonía local, pasos que como hemos visto, se produjeron tanto en el caso de Estados Unidos como en la Unión Europea.

Dado que la actividad de los mercados potencialmente competitivos depende de la infraestructura ya instalada, la única solución posible para lograr que la

---

<sup>35</sup> Si bien una alternativa podría ser que el operador entrante construya o replique la infraestructura existente para terminar llamadas, dicha opción se considera ineficiente pues importa duplicar infraestructura, con un consumo de recursos que por su naturaleza son escasos. Se sugiere por ello, que una exigencia de esta naturaleza equivaldría a exigir construir un puente al lado de otro, cuando uno solo bastaría para satisfacer la demanda.

competencia económica se produzca, es permitir que todos los competidores accedan a aquellas porciones de mercado con características monopólicas y que las condiciones de dicho acceso sean equitativas. Dando lugar a lo que se llama acceso a las instalaciones esenciales.

### 1.4.3 Las instalaciones esenciales

Para responder a la pregunta de cuáles son los sectores respecto de los que se debe permitir el acceso, se recurre a las llamadas instalaciones esenciales. Se consideran “instalaciones esenciales” aquellas en las que concurren los siguientes requisitos: (i) existe control de la instalación por un monopolista; (ii) en el mundo real es difícil replicar la instalación; (iii) el acceso es naturalmente denegado; (iv) es factible que el competidor use la instalación<sup>36</sup>; y, (v) sin esa instalación no es posible la competencia.

Las instalaciones esenciales se caracterizan porque “*son necesariamente de uso común y sobre las mismas, los distintos operadores pueden ofrecer servicios singularizados*”<sup>37</sup>. Dada la importancia de las instalaciones esenciales para permitir la competencia, se encuentran sometidas a regulación, de manera que se garantice el uso de todos los competidores en igualdad de condiciones.

La regulación de las infraestructuras, debe contemplar una gestión autónoma, de manera que los segmentos que constituyen instalaciones esenciales sean independientes del resto de los segmentos de mercado. Ello porque es fundamental diferenciar los intereses del titular de las instalaciones esenciales con los del resto del negocio. Y la mejor forma de lograrlo, es a través de la separación permanente y real de la propiedad de ambos segmentos (*unbundling*) y no sólo una separación contable o puramente formal.

Igualmente, es necesario que el acceso de terceros a dicha infraestructura se encuentre debidamente regulada, de manera que se garantice el acceso de terceros bajo condiciones previamente establecidas. En ese sentido, es necesario

---

<sup>36</sup> CEPAL ECLAC división de Recursos Naturales e Infraestructura. Serie Recursos Naturales e Infraestructura. SOLANES, Miguel. Servicios Públicos y Regulación. Consecuencias de las fallas de Mercado. Santiago de Chile 1999; p. 22

<sup>37</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima; Ariño y Asociados - ARA Editores; 2004; p.629



precisar -a través de la regulación- quiénes tienen derecho al acceso; las condiciones del acceso y los mecanismos de resolución de conflictos.

Desde el punto de vista jurídico, las instalaciones esenciales, constituyen un tipo especial de propiedad, en el que el carácter de exclusividad se elimina para dar paso al acceso obligatorio a todos los potenciales competidores. Ariño<sup>38</sup>, señala en ese sentido que el concepto de instalaciones esenciales “*supone la ruptura con el concepto tradicional de derecho de propiedad. En la concepción tradicional del Código Civil, la propiedad se configura como el derecho de uso, disfrute y disposición, en exclusiva. Por el contrario, en la nueva regulación de servicios públicos para la competencia aparecen propiedades afectas al uso público: la propiedad se afecta al uso de unos terceros que tienen derecho a confiar en él. De manera que se separa propiedad y uso, y aparece un nuevo tipo de propiedad vinculada por su destino, por su uso, y no por su titularidad...*”

Y esta distinción es importante, debido a que ese distinto tratamiento jurídico, hace que las normas que regulan las instalaciones esenciales no sean las del Derecho Civil, sino aquella que, con carácter imperativo, regula los distintos aspectos involucrados en las instalaciones esenciales. Dicha regulación está prevista precisamente con la finalidad de lograr la competencia en los sectores en los que tradicionalmente se consideraba que eran monopolios naturales. Por la misma razón, toda la regulación de las instalaciones esenciales apunta a permitir que los competidores puedan acceder al mercado y competir con los operadores establecidos.

La diferencia fundamental entre el Derecho Administrativo y esta regulación, llamada regulación económica, es que se ocupa de aspectos tales como la entrada y salida de la actividad y afecta las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla. Para ello regula el quantum de producción, las zonas o mercados que sirve cada empresa, ciertos precios y retribuciones, y en general, aspectos que son más propios del negocio mismo<sup>39</sup>. Es importante señalar que esta regulación, está destinada a lograr competencia como mecanismo para permitir la satisfacción de las misiones del servicio público. De esa manera, la regulación se orienta a defender la competencia cuando ésta existe o para sustituirla cuando existan elementos de monopolio natural.

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 632

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 616

En entornos en los que existen segmentos monopólicos, las instalaciones esenciales constituyen el meollo de la regulación, pues ésta determina la existencia de competencia y el grado de la misma.



## CAPITULO II

### La interconexión en las telecomunicaciones como elemento esencial de competencia

#### 2.1 La interconexión en telecomunicaciones

Las telecomunicaciones son una industria de red y eso las diferencia sustancialmente de cualquier industria de bienes tangibles como la fabricación de calzado o automóviles, por ejemplo. *“En este tipo de industrias, el uso de los bienes por parte de uno de los consumidores tiene un mínimo impacto –o acaso ninguno- en el uso de los bienes por otro consumidor. Por el contrario, la industria de red es una en la cual la interacción de los consumidores es importante para determinar el último valor en el mercado, mas particularmente, donde el valor del producto o servicio para cada uno de los consumidores se incrementa cuando el tamaño de la red crece sobre ciertos rangos”*<sup>40</sup>. Por esa razón, desde sus inicios, la industria de las telecomunicaciones ha orientado sus esfuerzos en lograr mayores y mejores niveles de cobertura, comunicando al mayor número de personas y haciendo esfuerzos por superar –o eliminar- las distancias geográficas.

Inicialmente, dichos esfuerzos estaban orientados a terminar las comunicaciones de un país a otro y para ello, se recurría a la suscripción de convenios internacionales. Así, ya en el año 1864 se suscribieron en Bruselas y Berna los primeros convenios internacionales que permitían terminar las comunicaciones de servicios de télex de un país a otro. Posteriormente, dichos convenios permitieron la terminación de llamadas internacionales, lo que implicaba la participación de dos o más operadores, generalmente monopólicos y estatales.

---

<sup>40</sup> PRIEST George. “Los insuficientes esfuerzos del gobierno para aplicar el moderno derecho *antitrust* a las industrias de redes” En: Themis Revista de Derecho N° 47 p. 75

Los convenios internacionales que permitían “conectar” a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones disponibles en cada momento con los usuarios de otros países u otros operadores de telecomunicaciones, no tenían graves complicaciones pues eran suscritos por los Estados; existía un solo operador en cada área; técnicamente eran muy pocos los servicios que debían interconectarse –casi exclusivamente los servicios de larga distancia- y los operadores se retribuían utilizando sistemas de reparto de ingresos.

Como consecuencia de los grandes cambios tecnológicos producidos principalmente en la década de los ochenta<sup>41</sup> la gama de servicios de telecomunicaciones se extendió rápidamente. Y como había ocurrido antes con los servicios de télex o larga distancia internacional, todos los nuevos servicios también deben funcionar completamente integrados, con una lógica de red, de modo que los usuarios puedan acceder a todos los servicios, incrementando con ello el valor de los servicios. De esta manera se logra la interoperatividad de sistemas de telecomunicaciones a través de un servicio transparente para el usuario. La transparencia en el servicio de telecomunicaciones, significa que más allá de cualquier dificultad de orden técnico, legal o económico, el usuario debe percibir que el sistema de telecomunicaciones que utiliza es un todo integrado, sin que haya razón para que distinga ni participe y menos se vea afectado –directa o indirectamente- de lo que ocurre entre las empresas que participan para hacer posible su comunicación. Desde el punto de vista técnico, las telecomunicaciones son pues, una industria que ha nacido –y se desarrolla- para estar interconectada.

---

<sup>41</sup> Entre las principales innovaciones tecnológicas, puede incluirse la digitalización de las comunicaciones electrónicas, que es un proceso que convierte señales analógicas en una serie de combinaciones numéricas. “*La digitalización permite transportar de forma indiscriminada toda clase de fuentes de información (texto, audio, video y datos), facilitando la incorporación de nuevos servicios y su almacenamiento*”. La digitalización dio origen al “protocolo IP” que motivó la llamada “convergencia” de servicios de telecomunicaciones que es por un lado, “*la capacidad de diferentes plataformas de red para transportar tipos de servicios esencialmente similares; y por otro lado, es la aproximación de dispositivos de consumo tales como el teléfono, la televisión y el ordenador personal*”. La convergencia, es pues, la capacidad de recibir la misma información de múltiples medios de comunicación integrando los servicios existentes y permitiendo el acceso a una mayor gama de productos y servicios. Sin duda, el símbolo de la convergencia es Internet que es una conexión de redes informáticas que permite a los usuarios el acceso a una serie de servicios tales como el correo electrónico, música, telefonía vocal y el World Wide Web. RODRÍGUEZ, Antonio; “Convergencia en Servicios: Hacia un Nuevo Entorno Común”. En: *La Sociedad de la Información Nuevas Tendencias de las Telecomunicaciones*. Vizcarra, Maite (Compiladora); UPC; Lima; 2003 p.100

No obstante, en el momento actual, lograr que todos los servicios funcionen interconectados no es tarea fácil. Ello porque en la generalidad de casos, en el momento en que se produjo la apertura, existía un solo operador establecido - titular de la red fija local o bucle local- y muchos operadores pugnando por ingresar al mercado y prestar servicios que en su mayoría, se apoyan necesariamente en la red fija o bucle local. En consecuencia, existen varios titulares de servicios de telecomunicaciones involucrados y no solamente una empresa estatal o monopólica. Cada uno de esos operadores es titular de ciertos servicios e infraestructura, parte de la cual debe ser puesta a disposición de los otros operadores con la finalidad de lograr la interconexión y, como es natural, cada uno de los agentes del mercado tiene sus propios intereses y aspiraciones económicas.

La dependencia de los operadores de servicios potencialmente competitivos a la red fija o bucle local, ha puesto en relieve el tema de la interconexión –y sus implicancias económicas, jurídicas y técnicas- entre los operadores titulares de ese segmento monopólico con los operadores entrantes<sup>42</sup>. Ello porque aún cuando se proclamara legislativamente la libertad total para el ingreso a los competidores, en la práctica, habría muy pocos operadores con cobertura suficiente y sólo uno – el operador antes monopólico- con cobertura universal. Los operadores con cobertura limitada, sólo podrían establecerse y aspirar a tener clientes si en efecto pudieran terminar las comunicaciones con cualquier abonado de cualquier otra red distinta a la suya. Y entonces, *“la única posibilidad de asegurar una efectiva competencia es permitir el acceso a las mismas de terceros operadores económicos, de manera que aquéllas puedan ser usadas en condiciones de transparencia, no discriminación, y a precios razonables”*<sup>43</sup>.

Así, la interconexión, se convierte en *“un factor crítico para la viabilidad de la competencia”*<sup>44</sup>, en la clave del desarrollo para el mercado de telecomunicaciones, pues determinará no sólo la existencia de competencia sino el grado de la misma. Un mercado sin interconexión o con condiciones de interconexión excesivamente onerosas distorsionarán el mercado en la medida que la posición dominante del operador establecido se verá reforzada no por su propio esfuerzo –como exige la competencia económica- sino por las restricciones a la competencia impuesta

---

<sup>42</sup> Ello no quiere decir sin embargo, que sea la única interconexión posible, aunque si la más problemática e importante y a la que nos referiremos en lo sucesivo.

<sup>43</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Ed.). Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998 de 24 de abril). Madrid; Civitas 1999, p.150

<sup>44</sup> INFODEV BANCO MUNDIAL. Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones. MCCARTHY TETRAULT; [www.infodev.org/proyectos/314regulationhandbook](http://www.infodev.org/proyectos/314regulationhandbook) p. 3-1

directa o indirectamente a los otros competidores. Vulnerando con ello el principio de competencia, según el cual, las preferencias de consumo de los consumidores deben basarse exclusivamente en el esfuerzo de los oferentes.

## 2.2 Definiciones de interconexión

Como se ha señalado, la interconexión en los servicios de telecomunicaciones ha existido siempre. No obstante, a partir del avance tecnológico y sobre todo con la apertura del mercado, se ha cambiado drásticamente su tratamiento, pues los temas que plantea solucionar son muy distintos y mucho más complejos sobre todo en los aspectos económicos, jurídicos y técnicos.

La complejidad de la materia se ha visto reflejada en la propia definición de la interconexión, pues se han adoptado diversas definiciones según el régimen de reglamentación y la política considerados. A continuación revisaremos algunas de ellas.

### 2.2.1 Definición de la OMC

El Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) sobre Comercio de Servicios de Telecomunicaciones Básicas (ASTB) de 1997 conocido oficialmente como el Cuarto Protocolo del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), fue el primer acuerdo comercial multilateral ampliamente aceptado en incluir normas vinculantes de interconexión. Estas reglas fueron incorporadas en el llamado Documento de Referencia, que contiene los principios relativos al marco de reglamentación de los servicios de telecomunicaciones básicas negociados por los miembros de la OMC. El Documento de Referencia pasó a ser vinculante para los miembros de la OMC que lo incorporaron a sus “compromisos adicionales” en sus Listas de Compromisos específicos del AGCS, en lo que concierne a los mercados de telecomunicaciones. El numeral 2 del Documento de Referencia establece lo siguiente “2. *Interconexión. 2.1 este artículo se refiere al enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, con objeto de que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios*

*suministrados por otros proveedor, respecto de los que contraigan compromisos específicos”*

Dicho documento establece asimismo, las condiciones generales que deben asegurarse cuando se trata de la interconexión con un proveedor importante.

### **2.2.2 Definición Comunidad Europea**

Entre las directivas emitidas por la Comunidad Europea dirigidas a impulsar la liberalización del sector telecomunicaciones, se emitió la Directiva 97/33/EC de 30 junio de 1997 que contiene normas dirigidas específicamente a liberalizar los regímenes de interconexión nacionales, garantizando la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la Oferta de Red Abierta (ONP). Asimismo, emitió normativa complementaria que establece obligaciones especiales en materia de acceso (Directiva 98/10/EC) y de provisión de líneas arrendadas (92/44/EC). Esta normativa ha sido constantemente revisada y con fecha 7 de marzo de 2002 se emitió la Directiva 2002/19/CE relativa al Acceso a las Redes de Comunicaciones Electrónicas y Recursos Asociados y a su Interconexión (Directiva de Acceso), que es la norma actualmente vigente.

El artículo 2 de esta última Directiva, distingue los conceptos de “acceso” e “interconexión”, dejando en claro que la interconexión constituye un tipo de acceso entre operadores de redes públicas, excluyendo de la definición el acceso de los usuarios finales a las mismas.

En este sentido, la interconexión, se define como la *“conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por una misma empresa o por otra distinta, de manera que los usuarios de una empresa puedan comunicarse con los usuarios de la misma empresa o de otra distinta, o acceder a los servicios prestados por otra empresa. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas”*. El acceso, según esta norma se define como *“la puesta a disposición de otra empresa, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Este término abarca, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a*

*recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local); el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles; el acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativos; el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con una funcionalidad equivalente; el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia; el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital; el acceso a servicios de redes virtuales”.*

### 2.2.3 Definición Comunidad Andina

La Comunidad Andina ha emitido también normas destinadas a impulsar la liberalización del sector y por tanto ha abordado el tema de la interconexión a través de sus decisiones, que son vinculantes para nuestro país. La Decisión 462 por la que se aprueban las “Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina”, emitida el 25 de mayo de 1999, define en su artículo 2 a la interconexión como *“Todo enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones con objeto que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos.”* A partir de esta definición, la Resolución 432 “Normas Comunes sobre Interconexión” del 2 de octubre de 2000, establece las obligaciones y condiciones económicas, técnicas y de solución de controversias relativas a la interconexión.

### 2.2.4 La interconexión en la legislación peruana: De interés público y social

La definición de interconexión en la legislación peruana la encontramos en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y en el Reglamento de Interconexión aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-98-CD/OSIPTTEL de 16 de enero de 1998<sup>45</sup> (en adelante Reglamento de Interconexión).

<sup>45</sup> Esta norma ha sido modificada y complementada, por lo que con fecha 7 de junio de 2003 se publicó el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado mediante Resolución 043-2003-CD/OSIPTTEL.



El glosario de términos del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señala que la interconexión de servicios de Telecomunicaciones es "*hacer una conexión entre dos o más equipos y/o redes o sistemas de telecomunicaciones, pertenecientes a diferentes personas naturales o jurídicas, según el correspondiente contrato de interconexión celebrado entre las partes*". El artículo 3 del Reglamento de Interconexión, señala que "*es el conjunto de acuerdos y reglas que tienen por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por un operador puedan comunicarse con los usuarios de los servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza, según la clasificación legal correspondiente, prestados por otro operador.*"

Como puede verse, cuando el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones alude a la "*conexión entre dos o más equipos y/o redes o sistemas de telecomunicaciones*" se está refiriendo al hecho fáctico o técnico de la interconexión en el que, efectivamente, dos o más empresas de telecomunicaciones comparten determinada infraestructura, que es solo uno de los aspectos de la interconexión. No obstante, el Reglamento de Interconexión, ha recogido la finalidad de interconexión entendido como el mecanismo que permite lograr la comunicación entre los usuarios de distintos operadores de telecomunicaciones. Dicha definición debe ser sin embargo completada con el concepto de "unidad funcional de red", que, como se ha señalado, permite que todos los sistemas y servicios de telecomunicaciones funcionen de manera integrada para todos los usuarios. Ello implica que la interconexión no se limita a permitir la comunicación de usuarios de empresas distintas, sino también puede ser entre usuarios de la misma empresa, tal como señala expresamente la Directiva de Acceso de la CE.

De conformidad con la legislación en telecomunicaciones peruana<sup>46</sup>, la interconexión entre los servicios portadores y entre los servicios públicos de telecomunicaciones<sup>47</sup> (i) es de interés público y social; (ii) es obligatoria; y, (iii) constituye una condición esencial de la concesión.

---

<sup>46</sup> Artículos 7 y 11 de la Ley de Telecomunicaciones y artículo 109 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>47</sup> En el Perú, los servicios de telecomunicaciones, se clasifican de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Desde el punto de vista tecnológico:
- Servicios Portadores
  - Servicios Finales o Teleservicios
  - Servicios de Difusión
  - Servicios de Valor Añadido.

Al haber calificado la interconexión como de “interés público” y de “interés social” se ha recurrido a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados que, como se sabe, permite a la Administración “una aplicación unilateral previa”<sup>48</sup> del concepto<sup>49</sup> y le da cierto margen de flexibilidad. Pues bien, interés “es la exigencia

---

b) Atendiendo a la utilización y naturaleza del servicio:

- Servicios Públicos
- Servicios Privados y
- Servicios Privados de Interés Público.

Son servicios portadores, aquellos que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido.

Son servicios finales o teleservicios, aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios. Entre estos servicios, están el de telefonía, fija o móvil, el servicio telegráfico, el télex, el servicio de canales múltiples de selección automática, los servicios móviles por satélite, el servicio de comunicaciones personales, entre otros.

Son servicios de difusión aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido, es decir sin posibilidad que el receptor pueda responder o contestar el mensaje, hacia varios puntos de recepción. Entre estos servicios, están la radiodifusión sonora, la televisión, la televisión por cable, la música ambiental, entre otros.

Los servicios de valor añadido son aquellos que funcionan sobre otra infraestructura o instalación como ocurre con el servicio de facsímile, el servicio de teletexto, el servicio de mensajería de voz, de mensajería interpersonal en todas sus modalidades como el correo electrónico, la transmisión electrónica de documentos, la transferencia electrónica de fondos, entre otros.

De acuerdo con la Ley de Telecomunicaciones, son servicios públicos aquellos que habiendo sido declarados como tales por la legislación, se encuentran a disposición del público en general y cuya utilización se efectúa a cambio del pago de una contraprestación.

Son servicios privados aquellos que sirven para satisfacer las necesidades de comunicación de determinada persona natural o jurídica y que no son brindados a terceros.

Los servicios privados de interés público son los servicios de radiodifusión, entre los que se incluye la radiodifusión sonora y la televisión.

<sup>48</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, FERNÁNDEZ Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo; Tomo I; 3ª. ed. Madrid; Civitas 1986; p. 434

<sup>49</sup> Ello no quiere decir sin embargo que se trate de un supuesto de potestad discrecional, pues como señala García de Enterría “la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado que se agota en el

de que sea satisfecha alguna necesidad humana, o sea la exigencia de que se consiga uno de los llamados “bienes jurídicos”...”<sup>50</sup>. Cuando dicha necesidad es colectiva, se dice que se trata de un interés público. El interés público puede definirse entonces como el interés “ante el que deben ceder y plegarse los derechos individuales...”<sup>51</sup> (subrayado agregado). Y esa cesión de los derechos individuales responde a que cada individuo ve reflejados sus propios derechos e intereses en el interés público. Por esa razón, se señala que *“el interés privado – libertades y derechos- y el interés público no son... dos ideas opuestas y antitéticas. Por el contrario, el interés público, que concluye en el bienestar general, no es sino la condición y el elemento indispensable para que todo interés privado pueda, real y efectivamente prevalecer y conseguirse”*<sup>52</sup>. Y en el caso de la interconexión, este interés público se da efectivamente porque beneficia a todos los involucrados en el sector y principalmente a los usuarios de los servicios. Ese interés común justifica que los operadores individualmente considerados, cedan parte de sus derechos con la finalidad de lograr un interés que trasciende sus propios intereses.

Por interés social, *“habrá que entender cualquier forma de interés prevalente al individual... (y) el adjetivo “social” intenta referir una operación de conformación o transformación social”*<sup>53</sup> (subrayado agregado). Dicha conformación o transformación social tiene su sustento en la importancia de las telecomunicaciones en el desarrollo de la sociedad, no sólo como medio de comunicación sino principalmente como principal tecnología de información<sup>54</sup>.

El hecho que se trate de un supuesto que trasciende el interés individual o particular y que tenga una incidencia en el desarrollo mismo de la sociedad, justifica que la interconexión sea calificada como obligatoria para los titulares de servicios públicos de telecomunicaciones que requieren concesión, es decir, para

---

*proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador como es los propio de quien ejercita una potestad discrecional”* GARCÍA DE ENTERRÍA; o. c., pp. 434 ss.

<sup>50</sup> MESSINEO Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II; Buenos Aires; EJEA 1971; p. 9

<sup>51</sup> ESCOLA, Héctor Jorge; El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo. Buenos Aires; Depalma 1989; p. 34

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 37

<sup>53</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. o.c., p. 227

<sup>54</sup> Ver al respecto CASTELLS, Manuel. La Sociedad de la Red, Economía, Sociedad y Cultura. España; Alianza Editorial 1997

quienes operan los servicios portadores y los servicios finales<sup>55</sup>. Ello es así, debido a que conforme establece la propia legislación<sup>56</sup>, los sistemas portadores<sup>57</sup> constituyen el principal medio de interconexión entre los servicios y redes de telecomunicaciones<sup>58</sup> pues son los que permiten el acceso de los operadores entrantes al segmento de red o infraestructura que mantiene características monopólicas.

Cabe preguntarse entonces, cuál es la distinción entre el deber contenido en todas las normas jurídicas y la calificación expresa de “obligatoria” contenida en la legislación de telecomunicaciones peruana respecto de la interconexión. Pues bien, *“la distinción entre deber y obligación discurre... por un camino paralelo a la de potestad y derecho subjetivo. Deberes y obligaciones son dos especies de un género común, los deberes en sentido amplio, en cuanto comportamientos positivos o negativos, que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de otros sujetos distintos o los generales de la colectividad ...[cuando] la situación de deber se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación y que, en consecuencia, tienen el poder de exigir del sujeto gravado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del*

<sup>55</sup> Aún cuando los servicios de difusión de carácter público se otorgan también en el régimen de concesiones, en éstos servicios el problema de interconexión no ha sido materia de preocupación teórica ni práctica.

<sup>56</sup> Artículo 30 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

<sup>57</sup> De acuerdo con el artículo 31 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, el sistema portador es el conjunto de medios de transmisión y conmutación que constituyen una red abierta a nivel nacional o internacional que tienen la facultad de proporcionar la capacidad y calidad suficiente para el transporte de señales de telecomunicaciones y para la interconexión de los servicios públicos de telecomunicaciones.

<sup>58</sup> Ello no quiere decir, sin embargo, que la única interconexión posible sea la que existe entre servicios portadores o entre servicios que pertenecen a la misma clasificación desde el punto de vista técnico. En efecto, es posible interconectar un servicio final como es el servicio de beeper o troncalizado con los servicios portadores de telecomunicaciones u otras modalidades de servicios. El hecho que la discusión central en este momento esté en la interconexión entre los servicios portadores (local, larga distancia nacional e internacional), responde básicamente al hecho que el proceso de apertura de los mercados a la competencia es reciente y se produce luego de un período en el que estos servicios eran prestados únicamente por monopolios, generalmente de titularidad estatal pero de ninguna manera obedece a que sean los únicos servicios por interconectar. Si bien se señala que se están iniciando las investigaciones para interconectar servicios por Internet -lo que según algunos es cuestionable porque Internet es una tecnología para prestar servicios y no un servicio en si mismo-, lo cierto es que con la evolución de la tecnología y el desarrollo de nuevos servicios, las posibilidades y necesidades de interconexión serán cada vez más frecuentes e implicarán nuevos retos para los actores del mercado de las telecomunicaciones.

comportamiento previsto...<sup>59</sup> (subrayado agregado), estamos frente a obligaciones.

Normalmente, entre el deber en sentido estricto y la obligación suele mediar un proceso de concreción que se produce a través de un acto administrativo. Este acto administrativo precisa el deber genérico impuesto en la norma así como el alcance de lo que puede ser exigible al sujeto gravado<sup>60</sup>.

Podemos decir entonces que en la interconexión, no sólo se ha estipulado un deber genérico de interconectarse, sino que el solo hecho que una persona se convierta en titular de una concesión lo pone en la situación pasiva de otorgar la interconexión y al mismo tiempo lo hace titular del derecho a exigir que la interconexión con otros operadores se realice efectivamente. No obstante, también ocurre un proceso de concreción, pues, para prestar los servicios de telecomunicaciones en los que la interconexión es obligatoria, es necesario contar con un acto administrativo como es el de la concesión que es el acto que le permite al operador de telecomunicaciones adquirir la calidad de concesionario.

A diferencia de lo que ocurre en otros países en los que las obligaciones de interconexión se han concentrado en los operadores establecidos dominantes – como ocurre por ejemplo con el Documento de Referencia de la OMC, el cual impone obligaciones de interconexión a los operadores dominantes o “proveedores importantes”- en el caso de Perú, las obligaciones de interconexión se han contemplado para todos los operadores titulares de concesiones y no únicamente para el establecido o dominante.

Ahora bien, de acuerdo a la norma, la interconexión constituye una “condición esencial” de la concesión. La implicancia de esta calificación es que, de incumplirse la condición, la autoridad podría revocar el acto. En efecto, conforme señala García de Enterría, *“en los actos sujetos a condición el incumplimiento de ésta justifica la revocación del acto. La revocación adopta aquí la forma de sanción por incumplimiento, según el juego propio de las condiciones resolutorias”*<sup>61</sup> (subrayado agregado). En ese sentido, la Ley de Telecomunicaciones tipifica el incumplimiento de las condiciones esenciales de la concesión como infracción

---

<sup>59</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. o.c., p.33

<sup>60</sup> Ibid., p. 34

<sup>61</sup> Ibid., Tomo I; p. 615

muy grave que puede ser sancionada con la revocación temporal o definitiva de la concesión o autorización<sup>62</sup>.

Puede decirse entonces, que la importancia de la interconexión está expresamente reconocida en nuestro ordenamiento y que su principal característica –de la que derivan las demás- es que trasciende el interés de los particulares y que está prevista en función de un interés público o general.

Finalmente, es preciso señalar que la interconexión hace posible la libre elección de los usuarios de los servicios del operador de telecomunicaciones que le presta el servicio, derecho que está expresamente garantizado por el artículo 73 de la Ley de Telecomunicaciones<sup>63</sup>.

### 2.3 Principios de Interconexión

La importancia de la interconexión en el desarrollo de los mercados de telecomunicaciones ha determinado que las normas comunitarias y las directivas regionales sobre interconexión así como la normativa de cada país contemplen ciertos principios que deben regir toda relación jurídica de interconexión. Dichos principios tienen por finalidad que las condiciones de interconexión entre todos los operadores del mercado -incluidas las que el operador establecido ofrece a sus propias subsidiarias o empresas vinculadas-, sean equivalentes. Ello porque, condiciones de interconexión más o menos favorables para determinado operador generarían una distorsión en el mercado, pues permitirían la consolidación de uno o muy pocos operadores, sin que tal éxito se base en sus propias estrategias y esfuerzos.

Los principios de interconexión generalmente aceptados son los siguientes:

#### 2.3.1 Establecimiento de pautas previas de reglamentación

---

<sup>62</sup> La tipificación está contenida en el inciso 7 del artículo 87 de la Ley de Telecomunicaciones y la sanción en el artículo 90 de la misma norma.

<sup>63</sup> El artículo 73 de la Ley de Telecomunicaciones establece que “El usuario, en la medida que sea técnicamente factible, tiene el derecho de elegir el operador del servicio de telecomunicaciones que a su criterio le convenga...”

Se ha debatido sobre las ventajas de proporcionar pautas de interconexión *ex ante* en lugar de reglamentar *ex post*. El enfoque *ex post* parte del principio que la reglamentación de mercados abiertos debe reducirse al mínimo indispensable y que los operadores tienen mayor información que los reguladores, por lo que una intervención gubernamental inadecuada podría generar mayores costos al sector. En este enfoque, los reguladores se centran en solucionar las diferencias entre los operadores con la finalidad de reducir o paliar el fracaso de las negociaciones.

No obstante, en los últimos años se ha logrado mayor consenso en que es necesario contar con pautas de reglamentación previas o con normas específicas de interconexión con la finalidad de promover el éxito de la interconexión. Durante los años ochenta y noventa, los reguladores de Estados Unidos y Canadá publicaron pautas detalladas y decisiones de interconexión con operadores dominantes, incluyendo aspectos económicos y técnicos. Este enfoque más intervencionista parece haber llevado a una mayor desagregación de la red.

### 2.3.2 El principio de transparencia:

Según este principio, es necesario hacer públicos los acuerdos de interconexión con la finalidad de reducir la posibilidad de conductas desleales. Son varias las formas para lograr publicidad, por ejemplo, la publicación de dichos acuerdos a través de Internet, registros de los contratos celebrados con indicación de la información confidencial que es mantenida en reserva, la orden de publicar el contrato, entre otras. Nuestro país ha optado por el sistema de registro, pues todos los acuerdos suscritos entre los operadores deben ser inscritos en el Registro de Contratos de Interconexión. Si bien es posible que los documentos sean registrados con ciertos contenidos declarados como reservados, la información sobre cargos y puntos de interconexión tendrá siempre la calidad de información pública y por tanto de acceso a cualquier operador.

La publicidad facilita que los reguladores y operadores comparen tarifas y condiciones y contribuye a definir normas y parámetros en telecomunicaciones así como “mejores prácticas” operacionales o administrativas.

### 2.3.3 El principio de no discriminación

Uno de los objetivos centrales de la política de interconexión es evitar la discriminación. Esta puede ocurrir de varias formas, la más evidente es cuando cierto operador logra mejores condiciones que otro operador. Es necesario señalar que existe discriminación cuando las diferencias que logre el operador son injustas, indebidas, o desleales, cuando colocan a un competidor en una situación significativamente desventajosa como resultado de un acuerdo menos favorable. El Reglamento de Interconexión, en su artículo 8, consagra esta forma de no discriminación bajo el principio de neutralidad, según el cual, *“el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tienen una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia.”*

No obstante, este no es el único caso de discriminación. El otro tipo básico de discriminación es generalmente más difícil de detectar y entraña el establecimiento por parte de un operador dominante de condiciones de interconexión más favorables a sus propias actividades o a sus empresas afiliadas que a sus competidores. En ese sentido, se señala que *“algunos operadores establecidos discriminan a sus competidores tratándolos como “clientes” en lugar de “iguales” o “colaboradores”. Este enfoque se traduce generalmente en precios más altos y acuerdos de interconexión de inferior calidad. Normalmente, los organismos reguladores deberán insistir en que los operadores que se interconecten reciban un trato basado en los principios de igualdad y reciprocidad, es decir, de igual a igual y no de proveedor a cliente”*<sup>64</sup>. Y ello es importante porque una primera aproximación a la interconexión, nos haría pensar que se trata de una relación comercial de proveedores-clientes y no de dos prestadores situados en un plano de igualdad en el que, por lo menos a largo plazo y cuando ambos tengan infraestructuras o servicios desarrollados, sean interdependientes. Ello porque la naturaleza de las telecomunicaciones hace que todos los usuarios deban comunicarse, prescindiendo de quién sea la empresa o persona que le presta el servicio. Y más aún, con la posibilidad de elegir libremente el operador que le resulta más conveniente.

Otra forma de discriminación es el suministro de capacidad de red insuficiente en comparación con la capacidad prestada a los servicios del operador que provee la

---

<sup>64</sup> INFODEV BANCO MUNDIAL o.c., p. 3-8



interconexión. La congestión de red puede anular la competencia. Para ello se debe asegurar la distribución no discriminatoria del acceso a la red y a la infraestructura de transporte de tráfico y garantizar que las infraestructuras que se construyan prevean la capacidad suficiente para atender la demanda que se prevé tener en el futuro.

El artículo 8 del Reglamento de Interconexión, establece en este sentido que *“en aplicación del principio de no discriminación, los operadores están prohibidos de llevar a cabo prácticas discriminatorias u otorgar tratos diferenciados a otros operadores vinculados directa o indirectamente, que busquen o pretendan favorecer a ellos o a sí mismos, en detrimento de cualesquiera otros agentes que operan en el mercado de telecomunicaciones...”* y en el artículo 10 se consagra el principio de igualdad de acceso, en virtud del cual, *“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”*

Una forma de superar la discriminación, es exigir separaciones estructurales o de cuentas o desinversión en filiales. También puede recurrirse a la imputación de costos que es una política menos agresiva de intervención. En nuestra legislación, se ha recurrido a la separación de cuentas y a la imputación de costos.

### **2.3.4 El principio de orientación a costos**

Según este principio, los cargos de interconexión deben estar orientados a costos. Ello porque como se ha señalado, si no existe una norma para la fijación de cargos, el operador establecido tendría incentivos para exigir a los nuevos operadores un precio alto por la terminación de llamadas en su red y para pagar poco o nada por la terminación de llamadas originadas en la red del operador dominante. Si no existiera regulación, los entrantes tendrían que aceptar las condiciones del establecido sin alternativa.

La práctica de los operadores establecidos de cobrar cargos superiores a los costos, impide la entrada de nuevos competidores al mercado y menoscaba el desarrollo de la competencia, los mayores costos se trasladan a los clientes de los operadores entrantes y por tanto éstos tienen menores posibilidades de ingresar y desarrollarse en el mercado.

Si bien dicho principio no está recogido como tal en nuestra legislación, sí existen normas contenidas tanto en la legislación general cuanto en los contratos de concesión de los que es titular Telefónica, destinadas a regular el tema de los costos de interconexión y dichas normas se refieren también a la orientación a costos de los cargos de interconexión. La orientación a costos de la interconexión, tiene su sustento en la necesidad de, por un lado retribuir al operador que cede su interconexión por la inversión realizada y por otro, en la necesidad de considerar que el operador entrante no es “cliente” del operador que le brinda la interconexión –pues ello generaría una desigualdad entre ambos- sino que se trata de colaboradores que se encuentran en un plano de igualdad, sin que alguno tenga la condición de proveedor. Ello hace que se considere que en la interconexión, los cargos de interconexión, incluyan un costo económico cero, es decir que ninguno de ellos, deba percibir un “lucro” o “utilidad” por prestar la interconexión al otro, pues el hecho de pagar dicho lucro o utilidad, situaría a quien recibe la interconexión en un plano de cliente. No obstante, nuestro Reglamento de Interconexión, establece que el operador que brinda la interconexión debe percibir una “utilidad razonable”. Sobre este aspecto, Door señala, que *“la tasa de retorno que se aplica en Interconexión para determinar el cargo, es un gasto resarcitorio del costo del capital que no debe confundirse con la Utilidad o Beneficio de las actividades con fines de lucro”*<sup>65</sup> y por tanto, para este autor, éste es el concepto que también acoge nuestra legislación<sup>66</sup>.

Todos estos principios, que tienen carácter imperativo en las relaciones de interconexión, constituyen pues, los primeros límites o parámetros que deben observar los operadores en toda relación de interconexión, siendo obligación del regulador verificar el cumplimiento estricto de los mismos.

## 2.4 Procedimiento para la interconexión

Junto a los principios que deben regir toda relación de interconexión, un tema importante es el procedimiento que se adopta para lograr la interconexión. Como

---

<sup>65</sup> DOOR, Roberto. Cargos de Interconexión. Mensuales o por capacidad. Themis N° 39 p. 52

<sup>66</sup> Los costos de interconexión, por su importancia y amplitud, constituyen un capítulo fundamental de la regulación que no es materia de este trabajo. Por esa razón, nos limitamos a mencionar el principio de orientación a costos de manera general.

se ha señalado, existen dos grandes modelos o enfoques para regular o facilitar la interconexión: el enfoque *ex post* y el enfoque *ex ante*. El enfoque *ex post* parte de la premisa de la necesidad de reducir la reglamentación al máximo y apunta a que sean los operadores quienes negocien sus acuerdos de interconexión y que dispongan de mecanismos de solución de conflictos si es que sus negociaciones fracasan. Este enfoque se justifica en el hecho que la interconexión involucra una serie de aspectos que tienen complicaciones que serían entendidas mejor por los operadores antes que por los reguladores, y la intervención inadecuada de los reguladores podría retrasar la interconexión y generar mayores costos para el sector<sup>67</sup>. No obstante, cada vez existe mayor consenso en la necesidad de contar con pautas previas o incluso con normas específicas de interconexión pues es la mejor forma para promover el éxito de las negociaciones y reducir los costos de transacción. Este enfoque, llamado *ex ante*, fue recogido por ejemplo por la Comisión Europea en su Directiva de Acceso, al establecer la necesidad de definir una regulación *ex ante* como medida complementaria a las normas de competencia. Este enfoque fue implementado también en Norteamérica, permitiendo una mayor desagregación de los servicios de red, mayor competencia y posiblemente una mayor innovación y crecimiento de los servicios.<sup>68</sup>

Se señala en ese sentido, que los principales enfoques que se han adoptado para lograr la interconexión son los siguientes<sup>69</sup> o una combinación de los mismos: (i) establecimiento de la normativa (*ex ante*) de acuerdos de interconexión, (ii) negociación entre operadores sin reglamentación alguna; (iii) establecimiento de pautas de reglamentación generales para la negociación entre operadores; (iv) mediación del organismo regulador para facilitar la negociación de acuerdos entre operadores; (v) establecimiento de acuerdos de interconexión tipo, por ejemplo, basados en los existentes en otras jurisdicciones, en caso de fracaso de las negociaciones; (vi) decisiones del organismo regulador para resolver controversias de interconexión; (vii) arbitraje independiente o mediación en controversias de interconexión; (viii) revisión, modificación y aprobación por parte del organismo regulador de acuerdos negociados por operadores.

Navarro y De Huelbes<sup>70</sup>, identifican por su parte, hasta tres modelos regulatorios para lograr la interconexión, a saber: (i) el sistema del libre acuerdo entre las

<sup>67</sup> Este enfoque bien puede ser entendido en el contexto de desregulación que hemos revisado en el acápite 1.2.

<sup>68</sup> INFODEV BANCO MUNDIAL o.c., p. 3-6

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 3-17

<sup>70</sup> NAVARRO RODRÍGUEZ, Eugenio y DE HUELBS CANAL Julia. El Contrato de Interconexión de redes de telecomunicación. En: VI Seminario AHCET sobre Derecho de las Telecomunicaciones; p. 58

partes, en el que las partes negocian libremente las condiciones en que se debe realizar la interconexión. La ventaja de este modelo es que no existen gastos administrativos para el Estado ni para las partes quienes pueden establecer los mecanismos para mantener la confidencialidad de la información. La desventaja de este método es que el operador establecido puede hacer uso estratégico de la información que posee y lograr acuerdos más ventajosos para él en perjuicio del entrante; (ii) el establecimiento de los términos de la interconexión por la autoridad reguladora. Este modelo facilita el análisis económico y la planificación de los entrantes, permitiendo el trato igualitario, y no discriminatorio. No obstante, su rigidez impide la negociación entre las partes que podría ser más favorable, no asegura la confidencialidad de la información, exige una gran burocracia, los operadores deben tener métodos de contabilidad adecuados para permitir que las condiciones fijadas, en particular los cargos, sean justos; y, (iii) la supervisión administrativa del proceso negociador en el que las partes pueden negociar sus acuerdos dentro de ciertos márgenes establecidos por el regulador, o sometidos al control de la administración. En defecto de acuerdo entre las partes, interviene el regulador quien además revisa los acuerdos para verificar que existe equilibrio entre las partes y no se perjudica el interés público ni el interés de terceros. En este modelo, la estrategia es brindar a los particulares todos los incentivos posibles para que éstos definan la forma en que, desde el punto de vista técnico lograrán que los usuarios de ambos se comuniquen así como las condiciones económicas en que se desarrollará la interconexión. Se trata de una fórmula que – por lo menos en teoría-, permitirá hacer posible la interconexión de manera más rápida y con menores costos de transacción, debido a que asigna un papel protagónico a los operadores quienes como titulares de sus negocios cuentan con mayor información y por tanto están en mejor posibilidad de adoptar las decisiones más eficientes. No obstante, este proceso de negociación debe estar acompañado de la autoridad administrativa que tiene facultades para intervenir en el proceso de negociación para garantizar un acceso equitativo.

Dependiendo de los enfoques para lograr los acuerdos de interconexión, el rol de los organismos reguladores varía. En efecto, el enfoque adoptado permite que los reguladores actúen estableciendo las pautas previas a que deben someterse los operadores en el proceso de negociación; definiendo los acuerdos de interconexión supletorios ante el fracaso de las negociaciones, pudiendo recurrir a las “mejores prácticas” o a “parámetros” de interconexión tales como los cargos aplicables, u otras condiciones; estableciendo plazos para las diversas fases de negociaciones; estableciendo comités técnicos del sector, con la finalidad de que discutan los detalles de los acuerdos de interconexión o definiendo incentivos para

concertar acuerdos de interconexión; o nombrando mediadores o árbitros para la solución eficaz y oportuna de los conflictos.

Nuestro país ha optado por un enfoque *ex ante*, en el que se ha tratado de favorecer la negociación entre las partes, estableciendo ciertos plazos en los que debe llevarse a cabo y en el caso de no lograr ningún acuerdo, la autoridad administrativa debe emitir un mandato en el que se establecen las condiciones de interconexión. Igualmente ha establecido un sistema de arbitraje para definir los temas vinculados a la interconexión

En efecto, de acuerdo con la legislación nacional, la interconexión se realiza a través de un acuerdo o contrato suscrito entre los operadores del servicio. El tiempo que tomen los operadores para llegar a ese acuerdo no puede ser superior de sesenta (60) días calendario, salvo que por razones justificadas cualquiera de los interesados solicite a OSIPTEL un plazo adicional. Una vez logrado el acuerdo, la empresa a la que se solicita la interconexión debe presentar al OSIPTEL, para su pronunciamiento, cada contrato de interconexión que pretenda celebrar. Esta evaluación previa debe darse con una anticipación de por lo menos treinta y cinco (35) días hábiles antes de la fecha en la que las partes han previsto la entrada en vigencia del mismo. En cualquier caso sin embargo, la entrada en vigencia propuesta por las partes en el contrato se entenderá prorrogada por el tiempo que fuera necesario a fin que el tiempo que medie entre ésta y la fecha de presentación del contrato, sea de 35 días hábiles.

Para que el acuerdo o contrato suscrito entre las partes pueda entrar en vigencia es necesario que OSIPTEL emita su pronunciamiento, expresando su conformidad o expidiendo las modificaciones o adiciones que estime necesarias, las mismas que serán obligatoriamente incorporadas al contrato, ya sean aspectos técnicos y/o condiciones económicas. Dichas modificaciones deben ser incorporadas por las partes en un plazo no mayor de treinta días hábiles y de no ser incorporadas por las partes, OSIPTEL puede emitir un mandato estableciendo las condiciones a las que se sujetará la interconexión.

En el caso que las partes no hubieran logrado el acuerdo sobre los términos y condiciones de la interconexión en el plazo de sesenta días calendario previsto para el plazo de negociación, OSIPTEL, a solicitud de una de las partes o de ambas, debe dictar las normas específicas a las que se sujetará la relación jurídica entre ellas, incluyendo los cargos de interconexión respectivos. A esta solicitud debe adjuntarse la información sustentatoria, sin perjuicio que OSIPTEL les requiera la presentación de información adicional. OSIPTEL, remite a las partes el

proyecto de Mandato de interconexión, a fin que éstas formulen sus comentarios u objeciones dentro del plazo que para tal fin fije OSIPTEL, el cual no podrá ser inferior a 20 días calendario. El mandato de interconexión debe emitirse en un plazo máximo de 3 meses contados a partir de la presentación de la solicitud de interconexión al regulador o desde la fecha de vencimiento del plazo para la incorporación de observaciones a un contrato de interconexión. El mandato de interconexión es publicado en el Diario Oficial El Peruano y es de cumplimiento obligatorio.

Como puede verse, en el caso peruano la interconexión se produce desde el punto de vista legal a través de un contrato de interconexión negociado por las partes y aprobado por OSIPTEL o a través de un mandato de interconexión que es emitido por el regulador. Estas dos modalidades sin embargo, pueden entrecruzarse, pues como se ha visto, un acuerdo logrado en virtud a un proceso de negociación perfectamente válido entre dos operadores, puede ser materia de observaciones y hasta modificaciones por parte del regulador, quien tiene la facultad de definir aspectos económicos y técnicos de la relación de interconexión. Esta intervención puede llegar incluso a hacer que la relación de interconexión nazca a partir de la decisión de la autoridad e inclusive prescindiendo de la voluntad de los operadores.

## CAPITULO III

### La naturaleza pública o privada de los contratos de interconexión

#### 3.1 La pertinencia del estudio de la naturaleza jurídica de la interconexión

Como se ha señalado en el capítulo anterior, la interconexión puede ocurrir a partir de (i) la negociación entre las partes que da lugar a la celebración de un contrato o acuerdo de interconexión –que como hemos visto debe ser aprobado por la autoridad administrativa- y; (ii) de un mandato de interconexión que es un acto por el que la autoridad determina las condiciones de la interconexión. Para Escobar y Kruger<sup>71</sup> estas dos formas que dan origen a la interconexión constituyen dos fuentes de interconexión; a la primera la denominan autónoma y a la segunda heterónoma, en atención precisamente a la participación de los operadores involucrados o la decisión del regulador de establecer las condiciones de interconexión.

Partiendo de la existencia de estas dos fuentes para el nacimiento de la relación de interconexión, corresponde preguntarse cuál es la naturaleza de la relación de interconexión que surge del acuerdo de las partes y si el acuerdo al que arriban constituye un verdadero contrato de interconexión.

Dicha pregunta es pertinente debido a que podría afirmarse su naturaleza privada partiendo de la consideración que las normas sobre interconexión aluden a un “contrato” celebrado por dos operadores de telecomunicaciones. A partir de la interpretación literal de la norma, y no existiendo ninguna referencia a que se trate

---

<sup>71</sup> ESCOBAR, Freddy y KRUGER Rosa María. Informe Legal elaborado para la Gerencia de Regulación de Telefónica del Perú; 22 de noviembre de 2002 p. 3

de un “contrato administrativo” ni alguna estipulación que aluda a una relación de derecho público, podría llegarse a la conclusión que se trata de una institución propia del derecho civil<sup>72</sup>.

Ahora bien, esa interpretación literal debe ser contrapuesta con el hecho que el artículo I inciso 8) de la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley 27444, establece que *“para los fines de la presente ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública ...8) Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia”*. Y dado que todos los operadores de servicios de telecomunicaciones ejercen sus actividades en mérito a las concesiones otorgadas por el Estado, podría afirmarse que la naturaleza de los contratos de interconexión es de derecho público, pues se trata de contratos suscritos entre “entidades” de la Administración Pública.

Asimismo, el análisis sobre la naturaleza jurídica de la interconexión, tiene importancia práctica debido a que, si en efecto la naturaleza de los contratos de interconexión es privada, serán de aplicación las normas del Código Civil y en general, las normas del derecho privado. Si se considerara, por el contrario, que debe privilegiarse el interés público y el carácter obligatorio previsto por la ley, dicha sujeción al Derecho privado ya no es tan clara, surgiendo entonces preguntas tales como los criterios de interpretación de los contratos de interconexión, si las partes pueden disponer libremente de las materias vinculadas a sus contratos de interconexión, las obligaciones y disposiciones que serán aplicables a los operadores interconectados, entre otras. Igualmente, surge el tema de la distinta naturaleza de la interconexión atendiendo a su origen autónomo o heterónimo, pues si asumimos que se trata de un contrato, lo será únicamente en los supuestos en los que las partes lograron un acuerdo de interconexión y no necesariamente tendrá esta naturaleza si la relación de interconexión fue impuesta a través de un mandato de la autoridad o si es posible distinguir en una situación concreta referida a la interconexión, cuestiones de naturaleza pública conviviendo junto a otras de naturaleza privada y si es así, cuál es el límite entre ambas.

---

<sup>72</sup> Cabe señalar que se considera contratos típicamente administrativos a aquellos celebrados por el Estado en el marco de la Legislación sobre contrataciones y adquisiciones del Estado. En nuestro país, dichos contratos se encuentran regulados por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobada mediante Decreto Supremo 083-2004-PCM y su Reglamento. Dicha norma, contiene un estatuto especial para los contratos celebrados en ese ámbito y son reconocidos como de Derecho Administrativo.



Otro aspecto que es fundamental, es que, si se llegara a la conclusión que los contratos de interconexión tienen naturaleza privada, sería aplicable el artículo 62 de la Constitución Política del Perú<sup>73</sup> que garantiza la inmutabilidad de los contratos privados y establece que los términos contractuales no pueden ser modificados por otras disposiciones. Y si fuera así, no sería posible que OSIPTEL, a través de las resoluciones que emite, pueda modificar los términos contractuales tales como el monto del cargo de interconexión. Ello porque OSIPTEL establece los cargos de interconexión tope y por el principio de no discriminación, dichos cargos, son aplicables a todas las relaciones de interconexión vigentes, sea que hayan surgido de contrato o de mandato.

Algunas de estas cuestiones, resultan particularmente importantes en los casos concretos, y se hacen evidentes ante la necesidad de solucionar los conflictos derivados de la relación jurídica de interconexión, que por su naturaleza es permanente, compleja y además de novedosa en el mercado de telecomunicaciones. Por esa razón, revisaremos algunos expedientes tramitados ante los Cuerpos Colegiados Ordinarios (en adelante CCO) de OSIPTEL<sup>74</sup>, que hacen evidente el conflicto de ubicarlas en uno u otro ámbito del Derecho.

#### **a) Expediente 001-94 seguido por Empresa Difusora Radio Tele S.A. (Radio Tele) contra la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CPT)**

Este procedimiento sobre solución de aspectos técnicos y económicos relacionados a la interconexión de redes, -que fue la primera controversia ventilada ante OSIPTEL-, Radio Tele señaló en su demanda que cuando se aludía a la interconexión era necesario distinguir entre un "*aspecto público*" y un "*aspecto privado*". Según esta empresa, el "*aspecto público*" estaría referido al tema de la "*interconexión de redes propiamente dicha afectando el interés público y social al perjudicar directamente al usuario*" mientras que el "*aspecto privado*" calificado como "*de exclusivo interés de las partes y totalmente independiente del aspecto público*" estaría referido a "*la aplicación de cargas económicas por la interconexión*", que era una de las materias controvertidas en ese caso. Radio

---

<sup>73</sup> El artículo 62 de la Constitución Política del Perú establece que "*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos del contrato no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase...*" (subrayado agregado)

<sup>74</sup> De conformidad con la legislación nacional, OSIPTEL es el órgano administrativo competente para resolver las controversias que surjan en relación con la interconexión, siendo instancia administrativa previa y obligatoria. Esta función fue encargada a los Cuerpos Colegiados Ordinarios, ahora Cuerpos Colegiados.

Tele argumentó que la negativa de CPT de entregar las troncales solicitadas por Radio Tele para lograr la interconexión y de programar en sus centrales otorgadas a Radio Tele, eran parte de los aspectos públicos de la interconexión pues perjudicaban su ingreso y avance en el mercado. En este proceso las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio, en el que (i) CPT aceptaba entregar las troncales según un cronograma fijado para tal efecto; (ii) se definían aspectos económicos tales como los cargos de interconexión para la instalación de una nueva línea telefónica, un cargo de mantenimiento mensual por cada troncal en servicio, y un cargo por tráfico en el que se consideraba que Radio Tele era un *"cliente conectado a la red fija de CPTSA"*, por lo que se le otorgaba determinado descuento por volumen de tráfico; y, (iii) se dejaba que los aspectos relativos tanto a la determinación, cálculo y liquidación del valor de los tráficos cursados entre ambas redes durante el período comprendido entre 1991 y la fecha de la conciliación y el régimen de los teléfonos públicos operados por Tele 2000 S.A. fuera materia de un Mandato emitido por OSIPTEL.

Como puede apreciarse, aún cuando una de las partes consideraba que la instalación de troncales era un tema de naturaleza pública, las partes lograron un acuerdo al respecto. Cabe preguntarse si el hecho que la administración admitiera la conciliación respecto de este tema, implicaba un reconocimiento que se trataba de un tema de naturaleza privada, pues como se sabe, la materia pública es indisponible y por tanto no sería admisible que dos particulares conciliaran respecto de una materia de interés público. En el caso de los aspectos económicos -que para Radio Tele eran eminentemente privados-, las partes estuvieron de acuerdo en que fuera OSIPTEL el que definiera dichos aspectos. Como es natural, a diferencia de lo que podría resolver una autoridad jurisdiccional, la decisión de OSIPTEL sería expresada a través de un Mandato de Interconexión, que tiene naturaleza administrativa y por tanto, la solución aportada por OSIPTEL tendría también esa naturaleza.

**b) Expediente N° 001-95: iniciado de oficio por OSIPTEL referido a una serie de materias vinculadas a la interconexión entre Telefónica y Tele 2000.**

En este expediente, Telefónica señaló que los procedimientos y métodos para la medición de indicadores de calidad para la interconexión –una de las materias controvertidas- debían *"involucrar solamente a Telefónica y a Tele 2000 y estará referido únicamente a los casos en que presente reclamación por alguna de las partes"*, poniendo énfasis en la naturaleza privada de la relación. Al referirse a la definición del "tráfico cursado" -otra de las materias controvertidas-, Telefónica señaló que el contrato de interconexión suscrito entre las partes se refería al

"*tiempo de ocupación de la red, es decir incluidos los intentos de llamada*" efectuados por los abonados de Tele 2000 y que dicho texto debía respetarse por ser esa la voluntad de las partes al suscribir el contrato. Telefónica alegó que "tráfico cursado" era distinto de "tráfico efectivo", término utilizado para referir únicamente las llamadas completadas o las que han permitido que los abonados conversen efectivamente.

Por su parte, Tele 2000 señaló que la definición de indicadores de calidad de interconexión derivaba de características tales como disponibilidad, confiabilidad e integridad de la interconexión y que los parámetros o indicadores de calidad debían considerar el estado de la red actual pero tomando en cuenta la necesidad de optimizarla y modernizarla de acuerdo con la tecnología. Tele 2000 señaló además, que la calidad de la interconexión estaba relacionada con el servicio en su integridad.

Como se puede ver, en este caso también se discute si las materias son privadas en razón a que afectan únicamente a los operadores que intervienen en la interconexión o, si en tanto pueden afectar el interés de los usuarios tienen naturaleza de derecho público. Igualmente, plantea el problema de la interpretación del contrato de interconexión, pues si se asume que se trata de uno de naturaleza privada, se tendría que analizar la voluntad de las partes al redactar el contrato. Dicha interpretación, sin embargo, no necesariamente podría incluir alguna consideración vinculada a la prestación del servicio, o al bienestar de los usuarios del servicio, que como se ha visto, es la finalidad última de la interconexión. Ello porque respecto del contrato de interconexión suscrito entre dos operadores, los usuarios son terceros.

En este procedimiento, OSIPTEL definió que de las materias que había identificado como conflictivas entre las partes, los temas prioritarios eran (i) el establecimiento de cargos de interconexión y cargos de mantenimiento mensual; (ii) la definición de "tráfico efectivo"; y, (iii) la definición y alcance de los puntos de interconexión. Agregó que una vez resueltos estos temas, se avocaría al conocimiento de los demás temas previstos en la resolución por la que inició el procedimiento. En ese proceso, las partes llegaron a un acuerdo, el mismo que fue aprobado por el CCO a cargo de la controversia. No obstante, el CCO se reservó el derecho de OSIPTEL de requerir información explícita sobre algunos de los acuerdos. En relación a los temas no solucionados por las partes pero incluidos en la controversia, la resolución emitida por el CCO señala que "de conformidad con lo establecido en el informe legal prestado a esta instancia administrativa, no existe razón alguna de interés público ni peligro en la afectación al interés de los

*usuarios o de otras empresas que exija la continuación del procedimiento administrativo respecto de los temas contemplados en los incisos c) y g) a que se refiere el párrafo anterior y, considerando que los procesos de que se trata - atención de reclamos que se formulen ambas empresas e inspecciones por parte del órgano regulador- pueden ser abordados por OSIPTEL en uso de sus facultades regulatorias, se determina la conclusión del procedimiento respecto de los mismos" (subrayado agregado). En esta resolución se hace evidente la necesidad de evaluar si la materia controvertida lleva implícita o no la afectación del interés de los usuarios o de otras empresas antes de admitir un acuerdo celebrado por los operadores involucrados en la controversia. Dicho análisis no sería pertinente ni necesario si se tratara de un acuerdo estrictamente privado.*

En relación con las materias no comprendidas en la controversia pero incorporadas en el acuerdo suscrito entre las partes, el CCO dispuso que fueran puestas en conocimiento de los funcionarios competentes de OSIPTEL para que pudieran adoptar las decisiones que eran de su competencia. El CCO aclaró que dichas materias merecían el pronunciamiento expreso de OSIPTEL, pues no siendo materia de la controversia no debía ser resuelta por el CCO.

En este caso, igualmente, el CCO tuvo que analizar si se afectaba o no el interés público con la finalidad de aprobar el acuerdo conciliatorio. Cabe preguntarse también, cuál sería la razón que llevó al CCO a remitir las materias no contempladas en el procedimiento sean analizadas por la dependencia correspondiente de OSIPTEL, si como se ha señalado, se trataba de la aprobación de un acuerdo conciliatorio y no de un contrato de interconexión.

**c) Expediente 002-2000 seguido por Compañía Telefónica Andina S.A. (Teleandina) contra Telefónica con intervención de Bellsouth Perú S.A. (Bellsouth) por interrupción del transporte conmutado.**

En este caso, Teleandina demandó a Telefónica por la interrupción del servicio de transporte conmutado para las llamadas de larga distancia internacional entregadas por Teleandina a la red móvil de Bellsouth. En este caso, Teleandina, solicitó que se restablezca la interconexión suspendida por Telefónica e invocó lo establecido en el artículo 5º de las Normas Complementarias de Interconexión, aprobadas mediante Resolución 014-99-CD/OSIPTEL (en adelante Normas Complementarias) y lo previsto en el Mandato de Interconexión 001-2000-GG/OSIPTEL. Según Teleandina, dichas normas le permitían terminar tráfico en la red móvil de Bellsouth aún cuando no tuviera un acuerdo o contrato de

interconexión suscrito con dicha empresa. Para Telefónica sin embargo, dichas normas no permitían omitir acordar las condiciones de la interconexión. Telefónica señaló en ese sentido que los mandatos expedidos por OSIPTEL sustituían los contratos de interconexión y, por lo mismo, sólo podían obligar a las partes involucradas que eran Teleandina y Telefónica pero de ninguna manera a terceros como Bellsouth. Telefónica, señaló que el tráfico generado por Teleandina a la red móvil de Bellsouth podía ser transportado por ella siempre y cuando exista un acuerdo de interconexión entre esas dos empresas.

Bellsouth, intervino en el procedimiento como tercero legitimado y señaló que todas las relaciones de interconexión que mantenía con otros operadores derivaban de mandatos o acuerdos de interconexión y que éste no era el caso de Teleandina. Bellsouth argumentó que de todos modos debía existir un acuerdo entre las partes. Tanto Telefónica como Bellsouth hicieron énfasis en que ante la inexistencia de un cargo por defecto que sea aplicable a la relación entre Teleandina y Bellsouth y ante la falta de acuerdo entre Teleandina y Bellsouth, no era posible cursar el tráfico enviado por aquélla.

El CCO a cargo de la controversia, consideró que el transporte conmutado es una instalación esencial de la interconexión por lo que forma parte de la interconexión y que, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 5º de las Normas Complementarias de Interconexión que establecía que "la relación entre los distintos operadores concesionarios enlazados a través del transporte conmutado no requerirá necesariamente de un contrato de interconexión. Para dicho efecto bastará con que exista interconexión entre el operador que provee el transporte conmutado con cada uno de los operadores cuyas redes enlaza"<sup>75</sup> (subrayado agregado) y el segundo párrafo del numeral 3º del Anexo II del Mandato de Interconexión N° 001-2000 GG/OSIPTEL, que establecía que "...a solicitud de Teleandina, Telefónica cursará el tráfico entregado por Teleandina y destinado al concesionario de una tercera red, sin necesidad de un acuerdo previo entre

---

<sup>75</sup> Dicha norma fue posteriormente modificada, siendo el texto actual el siguiente: "El transporte conmutado local denominado también tránsito local, es el conjunto de medios de transmisión y conmutación de un portador local que enlazan las redes de distintos operadores o de un mismo operador concesionario en una misma área local. 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 de interconexión correspondientes o si las garantías otorgadas devienen en insuficientes ..." (artículo 22 del TUO del Reglamento de Interconexión)

Teleandina y este concesionario, tal como ha sido determinado en el artículo 5° de las Normas Complementarias de Interconexión..." (subrayado agregado) entre el operador que entrega las llamadas de larga distancia –Teleandina- y el tercero en cuya red terminen dichas llamadas –Bellsouth- podía existir o no un contrato de interconexión.

Sobre el cargo de interconexión, el CCO señaló que no resultaba coherente sostener que el texto del artículo 5° de las Normas Complementarias de Interconexión, permita que la relación de interconexión ocurra sin que exista un contrato de interconexión, y exija, sin embargo -y de manera tácita- un acuerdo comercial entre el originador o el operador que realiza el transporte de larga distancia y el tercero que termina las llamadas, destinado a establecer el cargo de terminación. El CCO invocó la regla según la cual no cabe distinguir donde la ley no distingue y descartó la interpretación de Telefónica y Bellsouth referida a la distinción entre el contrato de interconexión y el acuerdo de interconexión y a la supuesta exigencia legal de un acuerdo de interconexión, pese a que la norma excluía expresamente la celebración de un contrato. El CCO consideró que el hecho que el artículo 5° de las Normas Complementarias de Interconexión y el numeral 3° del Anexo II del Mandato de Interconexión permitan la no celebración de un contrato o acuerdo de interconexión entre el que realiza el transporte de larga distancia -Teleandina- y el operador de la tercera red en la cual termina la llamada -Bellsouth- significaba que todos los términos del contrato de interconexión celebrados entre el proveedor de transporte conmutado, -Telefónica- y el que termina la llamada -Bellsouth-, incluido el cargo de interconexión, debían ser aplicables a la relación entre el operador que realiza el transporte de larga distancia –Teleandina- y el operador que termina la llamada –Bellsouth-. Por estas consideraciones, el CCO declaró fundada la demanda interpuesta por Teleandina y ordenó a Telefónica que restituya el servicio de transporte conmutado del tráfico generado por Teleandina hacia la red móvil de Bellsouth a fin de que las llamadas originadas por Teleandina puedan terminar también en la red móvil de Bellsouth.

Telefónica apeló la resolución señalando principalmente que la interpretación realizada por el CCO trasgredía el principio "*pacta sunt servanda*" previsto por el artículo 1363 del Código Civil según el cual los contratos sólo producen efecto entre las partes. Telefónica argumentó que no es posible extender los efectos de los acuerdos suscritos por Telefónica y Bellsouth a un tercero ajeno a esos acuerdos, es decir a Teleandina.

Bellsouth también apeló la resolución solicitando la nulidad de los extremos en los que se fijaba el cargo de terminación porque consideraba que el CCO había

fallado excediendo el petitorio, debido a que no fue un aspecto considerado dentro de los puntos controvertidos y en consecuencia, se limitó su derecho de defensa. Bellsouth no cuestionó, sin embargo, la resolución del CCO en el sentido que ordenaba la restitución de la interconexión utilizando las mismas condiciones que eran aplicables a la relación existente con Telefónica y no invocó consideraciones referidas a la naturaleza privada del contrato de interconexión<sup>76</sup>.

Como puede verse, si se parte de la consideración que el contrato de interconexión es uno de naturaleza privada, el argumento expuesto por Telefónica referido a la aplicación del principio *pacta sunt servanda* sería absolutamente atendible y también hubiera sido invocado por Bellsouth. Esta controversia plantea también la problemática de si los mandatos de interconexión son verdaderos actos administrativos sujetos al Derecho Público o si sustituyen la voluntad de las partes y por tanto tienen naturaleza privada y si un acto administrativo regulando una relación de interconexión concreta puede ser aplicada a un tercero, como ocurrió en este caso. Más si se tiene en cuenta que el artículo 5 de las normas complementarias alude a las relaciones de interconexión, en general, sin distinguir si éstas derivaron de un contrato o de un mandato, pues la finalidad de la norma parece ser que las relaciones de interconexión sean equivalentes, sin considerar el medio que permitió el resultado querido por la norma. Es importante cuestionar también si es razonable considerar que un mismo hecho jurídico –la relación de interconexión– tenga un tratamiento de naturaleza civil o administrativa, únicamente como consecuencia de la forma en que se originó a la relación –contrato o mandato– pues parece lógico suponer que el Derecho debe resolver de manera uniforme las situaciones equivalentes, más si se tiene en cuenta que una de las partes tiene incentivos para impedir o restringir la interconexión con otros operadores. Si en efecto, el tratamiento jurídico a una u otra relación de interconexión fuera diverso en razón de su origen, cabe preguntarse cuáles son las razones que sustentarían una solución de ese tipo.

**d) Expediente N° 004-2002 seguido entre Nortek Communications S.A.C (Nortek) y Telefónica sobre supuestos incumplimientos de los principios de no discriminación e igualdad de acceso en la aplicación de los cargos de interconexión.**

---

<sup>76</sup> Las partes apelaron la resolución aunque ésta no fue resuelta en segunda instancia, aplicándose el silencio administrativo negativo. Ninguna de las partes interpuso demanda contencioso administrativa.

En este caso, Nortek pretendió que en aplicación de los principios de igualdad de acceso y no discriminación, Telefónica traslade a Nortek los cargos de interconexión previstos en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL que regula la relación de interconexión entre Telefónica y AT&T. Este mandato establecía cargos menores a los que Nortek pagaba a Telefónica en ese momento.

En la resolución final, el Cuerpo Colegiado señaló que la condición más favorable a la que Nortek se pretendía adecuar fue establecida a través de un mandato de interconexión y no por acuerdo entre las partes. Ello motivó que el Cuerpo Colegiado analizara si las normas de adecuación invocadas por Nortek podían ser igualmente aplicables cuando se trataba de condiciones de interconexión más favorables derivadas de un mandato de interconexión. Señaló en ese sentido que *“... al sustituir los mandatos a los contratos, les resultan aplicables las normas establecidas en los contratos. Sostener lo contrario implicaría que la propia normativa vigente estaría creando una situación de discriminación, al establecer diferencias entre los operadores según su relación de interconexión esté regulada por un contrato o un mandato, diferencias que podrían favorecer o perjudicar a los operadores en función a la naturaleza del acto que regule su relación de interconexión ... la propia normativa estaría violando los mismos principios según los cuales establece que deben regular las relaciones de interconexión. Ahora bien, no obstante que lo óptimo es que los mandatos y contratos reciban el mismo tratamiento legal, existen aspectos que debido a su naturaleza diferente –acto administrativo versus acuerdo de voluntades- no pueden ser regulados de la misma manera... dicha diferenciación tendrá sustento únicamente cuando una norma establecida para contratos de interconexión resulte incompatible con la naturaleza jurídica de un mandato y viceversa...”* (subrayado agregado).

Dicha resolución pone en evidencia que un tratamiento distinto de las relaciones de interconexión en función a su origen daría lugar a discriminación aunque afirma –sin abundar en razones- que los contratos de interconexión tienen naturaleza diferente a los mandatos de interconexión. Ello abre la posibilidad que en ciertos casos, se apliquen normas distintas en función del origen de la relación de interconexión.

Las cuestiones planteadas a partir de los expedientes sumillados, hacen pertinente revisar si, en efecto, los llamados contratos de interconexión tienen naturaleza civil y si, como consecuencia de su naturaleza deben ser tratados de modo distinto de los mandatos de interconexión.



### 3.2 La relación jurídica y el contrato

Antes de iniciar el análisis sobre la naturaleza pública o privada de los contratos de interconexión, es conveniente analizar cuál es la diferencia entre la relación jurídica y el contrato. Ello porque como se ha señalado, sea que la interconexión se concrete a través de un contrato o de un mandato, en todos los casos, existe una relación jurídica.

El concepto de relación jurídica es uno de los temas más estudiados por el Derecho y aún cuando no hay un concepto uniforme, podemos decir que relación jurídica es *“toda situación que en la vida social se establece entre dos o más personas como un cauce idóneo para la realización de unos fines o intereses que son dignos y merecedores de tutela... organizado unitariamente por el ordenamiento jurídico”*<sup>77</sup>. Los elementos estructurales de toda relación jurídica son los sujetos y el objeto de la relación. El contenido está formado por las situaciones de poder y deber en que los sujetos se colocan entre sí y respecto del objeto. Ese vínculo debe corresponder a una hipótesis normativa, de manera que se deriven consecuencias obligatorias en el plano de la experiencia.

Podemos decir entonces, que los elementos que constituyen una relación jurídica son (i) el sujeto activo, que es el titular o el beneficiario principal de la relación; (ii) el sujeto pasivo considerado así por ser el deudor de la prestación principal; (iii) el vínculo de atribución, capaz de ligar a una persona con otra, frecuentemente de manera recíproca o complementaria, pero siempre de forma objetiva; y (iv) un objeto que es la razón de ser del vínculo constituido. Es el elemento en razón del cual se constituye la relación y sobre el cual recae tanto la exigencia del acreedor como la obligación del deudor.

El vínculo de atribución es *“la concreción de la norma jurídica al ámbito de la relación entre dos personas. Es el vínculo que confiere a cada uno de los participantes en la relación el poder de pretender o exigir algo determinado o determinable. Cuando alguien tiene una pretensión amparada por la norma jurídica, se dice que tiene título para el status o para el acto que se pretende; en otras palabras, que está legitimado para exigir su derecho o para practicar el*

---

<sup>77</sup> DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo I; Madrid; Tecnos 1986; p. 54

acto”<sup>78</sup> Y dicho vínculo puede surgir de diversas maneras, una de las cuales, y quizá la más frecuente, es a través de negocios jurídicos, pero no es la única debido a que, como veremos más adelante, el Estado, por mandato de la ley también puede crear relaciones jurídicas, como las fiscales, por ejemplo.

El contrato, es por su parte, *“un acuerdo de voluntades de dos o más personas dirigido a crear obligaciones entre ellas”*<sup>79</sup>. La noción de contrato es un “supra concepto” debido a que es aplicable a todos los campos jurídicos, incluyendo el Derecho Privado, el Derecho Público y el Derecho Internacional. Si se limita su concepto al Derecho Civil, el contrato designa a todos los negocios jurídicos bilaterales de Derecho Privado. En consecuencia, desde una concepción restringida, el contrato es *“todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”*<sup>80</sup>.

Ahora bien, como señala Díez Picazo, la palabra contrato, *“se refiere unas veces al acto que los contratantes realizan y otras veces se refiere al resultado normativo o reglamentario que con este acto se produce para los contratantes”*<sup>81</sup>. En la primera acepción, se alude al contrato como acto jurídico y en la segunda, como una regla de conducta.

Por su parte, la relación contractual, es *“la situación en que las partes se colocan después de haber celebrado el contrato, es decir la situación que crean, modifican o extinguen”*<sup>82</sup>. Ello permite distinguir entre el contrato de interconexión como acto y la relación de interconexión que surge como consecuencia de dicho acto, tratándose en este último caso de una relación jurídica.

### 3.3 Algunas opiniones sobre la naturaleza privada de los contratos y acuerdos de interconexión

---

<sup>78</sup> REALE, Miguel. La Relación Jurídica, Situación Subjetiva y Derecho Subjetivo. En: Introducción al Derecho. 2da. Edición corregida y aumentada; Traducción y adaptación a cargo de Jaime Brufau Prats; Madrid; Pirámide; 1977 p. 175

<sup>79</sup> Díez Picazo; o.c., p. 93

<sup>80</sup> *Ibíd.*, p. 97

<sup>81</sup> *Ibíd.*, p. 98

<sup>82</sup> *Ibíd.*, p. 97

Si bien no existen muchos trabajos académicos en relación a la naturaleza de los contratos o acuerdos de interconexión, un sector de la doctrina así como algunas opiniones profesionales elaboradas para los operadores establecidos o los funcionarios de los mismos, se han pronunciado sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos o contratos de interconexión atribuyéndole una naturaleza privada. En lo que sigue, revisaremos algunas de esas posturas.

Al analizar la naturaleza privada o pública de la interconexión, Vásquez<sup>83</sup>, luego de referirse a la evolución en el mercado de las telecomunicaciones señala que *“a la luz de todo lo anterior podemos sacar dos conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la institución de la interconexión: la primera de ellas es que nos encontramos ante una institución de Derecho privado y no de Derecho Público y la segunda, es que la interconexión constituye una obligación en sentido técnico jurídico...”* En relación a su primera conclusión, señala que *“el Derecho privado, frente al Derecho público cuyo objeto es la regulación de los gobernantes y de estos con los administrados, tiene por función regular las relaciones entre particulares. Anteriormente vimos que la interconexión como institución tenía por finalidad el fomento de la competencia en beneficio, por un lado, de los operadores presentes en el mercado y por otro, de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Por ello, entendemos que puede predicarse su naturaleza jurídica privada pues regula exclusivamente relaciones entre particulares (titulares de redes abiertas al público y operadores) y no relaciones entre particulares y sujetos dotados de “imperium”. Además, puede deducirse que la figura de interconexión es de naturaleza mercantil, pues se incardina en una norma de Derecho privado que institucionaliza las relaciones de competencia, aunque no sea una norma de represión del abuso de la competencia sino, por el contrario, una norma de fomento a la competencia”<sup>84</sup>. (subrayado agregado)*

El mismo autor señala que *“es una obligación en sentido técnico- jurídico, en cuanto se impone un deber de interconexión a los titulares de redes abiertas al público y se atribuye un correlativo derecho a los usuarios de las mismas a exigir tal interconexión, facilitándose a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) –en su condición de órgano administrativo que aplica el Derecho privado- para imponer coactivamente su cumplimiento.”* (subrayado agregado)

---

<sup>83</sup> VÁSQUEZ LÉPINETTE, Tomás. La obligación de interconexión de redes de telecomunicaciones. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas; Valencia; Tirant blanch 1999; p. 84

<sup>84</sup> *Ibíd.*, p. 84

Refiriéndose en concreto a la naturaleza del acuerdo que permite la interconexión, este autor señala que, no puede ser un contrato de naturaleza administrativa porque *"los operadores de telecomunicaciones no encajan dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la ley 13/95 [ley de contratos de las administraciones publicas], porque ni son administraciones públicas en el sentido de dicha ley (esto es, entes sujetos al Derecho Público), ni son empresas sujetas al Derecho privado, pero dependientes de un organismo público... Por otro lado, tampoco la prestación de servicios de telecomunicaciones constituye ya un servicio público en el sentido de la ley 13/95"*<sup>85</sup>. Señala que el hecho que las partes intervengan desprovistas de *ius imperium*, hace que salgan de la esfera administrativa, pues este es el requisito *sine qua non* para que sean contratos administrativos.

Señala que dada la intervención administrativa, el acuerdo de interconexión puede reunir las características de contrato forzoso o normado porque el Estado ha establecido el contenido mínimo obligatorio del acuerdo de interconexión y por otro se autoriza a la CMT, autoridad reguladora española, a exigir que la haga efectiva. Agrega que la participación de la CMT solo puede ocurrir después de la solicitud de interconexión, y ello obedece al *"principio constitucional de la libertad de empresa en su modalidad de libertad de contratación, según el cual no se puede obligar a dos partes a contratar si ninguna de ellas quiere, incluso en el caso hipotético en que a través de dicho contrato se protegiera la libertad de competencia"*<sup>86</sup>. Continúa señalando que la autoridad reguladora no puede intervenir directamente en la interconexión, cuando ninguno ha solicitado interconectarse pero sí puede establecer mecanismos de fomento de las solicitudes como la obligación de hacer públicas las ofertas de interconexión de referencia y estableciendo el contenido mínimo de estas ofertas.

En el mismo sentido, Chillón Medina considera que las relaciones de interconexión surgen como consecuencia de acuerdos básicos en los que se define la situación jurídica de cada uno de los participantes y que *"la situación jurídica de los titulares y operadores de las redes respectivas, se generan a partir del mutuo consentimiento de las partes"*<sup>87</sup> (subrayado agregado) por lo que considera que estamos en presencia de un "contrato de interconexión". Según este autor, *"por este Contrato los titulares –en sentido amplio– de las redes, proceden a poner en común las respectivas, permitiendo que el tráfico circule libremente en ambos*

---

<sup>85</sup> *Ibíd.*, p. 123

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 144

<sup>87</sup> CHILLÓN MEDINA, José María. La Interconexión de Redes y su Incidencia Jurídica. En: II Seminario de Telefonía Móvil Celular AHCJET. p. 120

*sentidos o en uno solo, lo que genera unos ingresos a cargo del usuario final que habrá de repartir entre ambos.*<sup>88</sup>

Señala que para analizar la naturaleza pública o privada del Contrato de Interconexión, es necesario advertir si la red básica o establecida está configurada como una entidad administrativa en la que el régimen es el del servicio público. Señala sin embargo que *“lo habitual es que, incluso en presencia de operadoras de redes con arreglo al esquema del servicio público, la gestión se desenvuelva bajo un régimen privado, y que, en consecuencia, el contrato de interconexión tenga el carácter o naturaleza de un contrato privado. Bien porque el sistema de gestión y explotación de las telecomunicaciones así lo reconoce, bien porque los operadores de redes son particulares o, en todo caso, entes sometidos a la disciplina del Derecho privado”*<sup>89</sup> (subrayado agregado). Agrega que la constante participación del Estado responde al intervencionismo económico que el Estado tiene en la actualidad y que aún cuando exista reglamentación pública, ésta no altera su naturaleza privada.

Navarro y de Huelbes<sup>90</sup> luego de definir el contrato de interconexión como *“aquél en virtud del cual los titulares de las redes de carácter público acuerdan el enlace de las mismas mediante mecanismos físicos y lógicos o de software a cambio de un precio, con el fin de facilitar las comunicaciones entre los usuarios de los servicios que se prestan a través de dichas redes”*<sup>91</sup> señalan que es un *“contrato sometido a intervención pública”* aunque *“esta intervención de la administración no afecta a la naturaleza privada del contrato de interconexión cuando se celebra entre entidades sometidas al derecho privado. Sin embargo, si el contrato se celebra con participación de alguna entidad sometida al derecho administrativo, el contrato podría tener esa naturaleza”*<sup>92</sup> (subrayado agregado).

Rozas<sup>93</sup>, por su parte, señala que se trata de un contrato privado debido a que *“...las obligaciones y derechos se generan necesariamente a partir del mutuo consentimiento de las partes”* (subrayado agregado). Señala que ello es así porque dichas obligaciones no derivan de la ley sino de un acto de autonomía privada y *“la libertad de contratar nunca ha sido un principio absoluto y no es un fenómeno cuya inexistencia pueda determinar por sí sola la ausencia de un*

<sup>88</sup> *Ibíd.*, p. 120

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 121

<sup>90</sup> NAVARRO RODRÍGUEZ y DE HUELBS CANAL., o.c., p. 58

<sup>91</sup> *Ibíd.*, p. 58

<sup>92</sup> *Ibíd.*, p. 59

<sup>93</sup> ROZAS, Hortencia (Gerente de Regulación de Telefónica). El Contrato de Interconexión en la Legislación Peruana”. En: VI Seminario AHCJET sobre Derecho de las Telecomunicaciones; p.81.

*contrato. Por el contrario, se admite la posibilidad de atribuir naturaleza jurídica de contrato a aquellos celebrados por particulares en cumplimiento de obligaciones legales de contratar. En consecuencia, la obligación de celebrar Contratos de Interconexión no determina sólo por ello que éstos no tengan la naturaleza jurídica de tales. La libertad contractual aún admitiendo limitaciones sí es un principio fundamental para considerar la existencia de un verdadero contrato, en tanto que éste constituye un acto de actuación de la autonomía privada y por tanto un acto de autorregulación de intereses. Como quiera que la Ley de Telecomunicaciones y demás normas otorgan un margen bastante amplio para que las partes establezcan el contenido del contrato, esto es, libertad contractual, es que consideramos que el contrato de interconexión es un verdadero contrato<sup>94</sup> (subrayado agregado). Agrega que en la hipótesis que el legislador estableciera legalmente la obligación de contratar y los contratantes tuvieran la voluntad de crear la relación jurídica, no se trataría de un contrato forzoso sino de un contrato voluntario perfectamente válido. Concluye señalando que atendiendo al margen que deja la ley para fijar el contenido y los términos de los contratos de interconexión, éstos son verdaderos contratos de naturaleza civil.*

Como se ha señalado, Escobar y Kruger<sup>95</sup> afirman que la interconexión tiene dos fuentes, una autónoma y otra heterónoma. La primera “*está constituida por el acuerdo que los operadores adoptan para interconectar sus redes en las condiciones técnicas y económicas libremente fijadas por los mismos. La segunda, por su parte, está constituida por la decisión que el ente regulador adopta para que dos operadores interconecten sus redes en las condiciones técnicas y económicas que el mismo establece*”. Señalan que en principio, la interconexión debe provenir de fuente autónoma, y que el acuerdo celebrado por los operadores constituye un verdadero acto jurídico. Ello porque -continúan- el negocio jurídico es un instrumento de autorregulación de intereses, en tanto que posibilita a las partes diseñar y establecer sus relaciones y el acuerdo de interconexión “*permite a los operadores instaurar una relación de interconexión que queda sometida a las reglas creadas por los mismos, resulta claro que aquél es un instrumento de autorregulación de sus intereses y por tanto un negocio jurídico*”<sup>96</sup> (subrayado agregado). Agregan a pie de página que “*reconociendo que la libertad de contratar no sólo no es un presupuesto legal del contrato sino que ni siquiera tuvo vigencia plena en la época en la que los iusnaturalistas la proclamaron, la doctrina no la considera esencial, pues lo decisivo para otorgarle naturaleza contractual a un acuerdo es la virtualidad del mismo para generar efectos jurídicos que se nutran*

<sup>94</sup> Ibid., p. 85

<sup>95</sup> ESCOBAR y KRUGER. o.c., p. 3

<sup>96</sup> Ibid., p. 3

de las reglas diseñadas y establecidas por las partes<sup>97</sup> (subrayado agregado). Aclaran que “la afirmación realizada no puede ser válidamente cuestionada sobre la base de la necesidad que tienen los operadores de respetar los parámetros normativamente establecidos para la fijación de las reglas de interconexión, ni sobre la base de que el acuerdo de los mismos requiere la aprobación del ente regulador para que sea eficaz [porque]... el hecho que los operadores no tengan libertad absoluta para fijar las condiciones técnicas y económicas de la interconexión, no determina que su acuerdo carezca de naturaleza comercial, pues ningún ordenamiento exige la presencia de una libertad como la indicada. Por el contrario, todos los ordenamientos aceptan, por diversas razones y en tutela de los intereses públicos, la relativización de la libertad de fijar reglas comerciales. A su vez, el hecho que los operadores tengan que obtener la aprobación del acuerdo por parte del ente regulador no determina que el mismo carezca de naturaleza comercial, pues tal aprobación constituye una simple *conditio iuris* que únicamente tutela el interés estatal en comprobar, *ex ante* y no *ex post*, que los pactos entre los operadores no vulneren las exigencias previstas en la legislación aplicable”<sup>98</sup>.

Una posición contraria a las antes citadas la encontramos en la Exposición de Motivos del Reglamento de Interconexión<sup>99</sup>. En efecto, luego de señalar que existen tres enfoques en relación a la naturaleza institucional de la interconexión - la interconexión como contrato privado, la interconexión como acuerdo regulado y la interconexión como negociación supervisada-, considera que el Perú adoptó el enfoque de negociación supervisada. Según dicho documento, el contrato de interconexión, por sus características “*diste de reunir los elementos que se requieren para reconocer el concepto de libertad de contratar y libertad contractual*”<sup>100</sup>. Ello porque –continúa la exposición de motivos-, la libertad de contratar no se verifica en el contrato de interconexión porque la interconexión es obligatoria y porque no existe libertad contractual pues es posible que aún cuando las partes se pongan de acuerdo en un contrato de interconexión, la autoridad los observe, modifique o revoque. En ese sentido, “*se trata mas bien de un hecho jurídico cuya fuente de producción es la ley*”<sup>101</sup> y que ello explica que la autoridad tenga la facultad de aprobar y desaprobado *ex ante* los contratos de interconexión y de intervenir en caso de conflicto de empresas y resolverlo.

---

<sup>97</sup> Ibid., p. 3

<sup>98</sup> Ibid., p. 4

<sup>99</sup> Diario Oficial El Peruano 29 de octubre de 1997; p. 8

<sup>100</sup> Ibid., p. 8

<sup>101</sup> Ibid., p. 8

### 3.4 Análisis de los elementos que definen la interconexión como una institución de naturaleza privada

Las razones expuestas por los autores antes citados para sostener la naturaleza privada de los acuerdos o contratos de interconexión pueden ser agrupadas en dos grandes grupos, a saber: (i) las relacionadas a la existencia de autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos o acuerdos de interconexión, y (ii) las relacionadas a los sujetos que intervienen en la relación de interconexión. En lo que sigue se analizarán estos dos aspectos, con la finalidad de establecer si en efecto, ambos criterios son suficientes para considerar los acuerdos o contratos de interconexión como verdaderos contratos privados.

#### 3.4.1 La autonomía de la voluntad en la interconexión

Señala De Castro y Bravo que la autonomía privada puede ser entendida en un sentido muy amplio y que puede definirse como *“aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás.”*<sup>102</sup> Esa libertad, es el presupuesto de toda actividad humana. Por ello, la primera y esencial característica de la autonomía privada es que el sujeto puede decidir si se obliga o no y además, fijar el contenido de la obligación que pretende asumir. La autonomía de voluntad alcanza su culminación cuando se establece que, con tal que se respete el orden público y las buenas costumbres, la voluntad humana es soberana en las relaciones humanas excluyéndose la legislación en la formación de negocios jurídicos. Las consecuencias del dogma de la autonomía de voluntad son varias, así, el efecto de los negocios jurídicos tiene por causa inmediata la voluntad de la parte o partes interesadas, se recurre a la voluntad de los otorgantes cuando surgen dudas respecto de las declaraciones de voluntad que han formulado, los negocios concertados son generalmente cumplidos, aunque lo hayan sido *“contra legem”*, puesto que el interesado se considera obligado porque así lo quiso -lo que justifica, por ejemplo el principio de conservación del contrato-, entre otras. En este esquema, el ordenamiento jurídico únicamente declara si los actos son o no válidos, y en qué límites lo son y se recurre a él en caso de incumplimiento como medio de coacción.

<sup>102</sup> DE CASTRO Y BRAVO Federico. El Negocio Jurídico. Madrid; Civitas 1985; p.12



Las razones por las que se considera que el contrato de interconexión es un verdadero contrato civil y que están referidas a la autonomía de la voluntad pueden resumirse en las siguientes (i) el contrato o acuerdo de interconexión se produce como consecuencia del mutuo consentimiento de las partes; (ii) la autonomía de voluntad no es un principio absoluto y en el caso de la interconexión, las partes tienen un amplio margen para fijar el contenido del contrato; (iii) se produce a solicitud de alguna de las partes y por tanto, la autoridad no puede intervenir obligando la interconexión si ninguna de ellas lo ha solicitado; (iv) en última instancia, puede reunir las características de contrato forzoso o normado, el mismo que responde al creciente intervencionismo del Estado. Conviene entonces analizar cada una de estas razones para establecer si, en efecto, la existencia de autonomía de voluntad permite afirmar que se trata de un verdadero negocio jurídico y por tanto, reconocer su naturaleza privada.

#### 3.4.1.1 El mutuo consentimiento en la interconexión.

El mutuo consentimiento, o, lo que es lo mismo, los intercambios voluntarios, se producen y son importantes debido a que permiten destinar los recursos de sus usos menos valiosos a sus usos más valiosos. En la medida que las partes obtienen algún beneficio con el intercambio, éste se produce y puede desarrollarse con normalidad. El Derecho Contractual, actúa entonces, como un medio de disuasión de conductas oportunistas de las partes, para alentar la coordinación óptima de la actividad y evitar costosas medidas de autoprotección<sup>103</sup>. Cabe preguntarse entonces, si en el acuerdo o contrato de interconexión, en efecto, existe mutuo consentimiento.

Para el operador establecido, la interconexión es una obligación que va contra la naturaleza de las cosas. Lo lógico para él, es aspirar a copar todo el mercado de telecomunicaciones y utilizar su infraestructura, de manera exclusiva como ocurre en cualquier otra industria y que sus competidores ingresen al mercado utilizando sus propios recursos. El operador establecido es consciente (i) que el acceso a la red es sinónimo de ingreso de competidores al mercado y por tanto es una forma de perder ciertos segmentos de mercado y a largo plazo, puede, potencialmente, perder su poder monopólico; (ii) que cuanto más flexibles y favorables sean las

---

<sup>103</sup> POSNER Richard A. El análisis Económico del Derecho. México; Fondo de Cultura Económica 2000; p. 92

condiciones de interconexión, más rápido será el ingreso de los competidores y podrán hacerlo en mejores condiciones, incrementando las amenazas a su negocio; (iii) que si el operador entrante tuviera que replicar la red existente, debería realizar un nivel de inversión significativa y entonces habría menos disposición para ingresar al mercado; (iv) que la prestación a su cargo - el acceso a la red más grande de telefonía tanto en infraestructura como en usuarios - no tiene sustitutos cercanos; (v) que dispone de toda la información relevante para la interconexión (dónde están las centrales y cuáles son los puntos de interconexión, qué ciudades tienen mayor tráfico, en qué ubicaciones existe mayor demanda, dónde es más estratégico conectarse, qué requerimientos tiene cada central, etc.) mientras el entrante, debe hacer una serie de investigaciones para obtener esta misma información, o confiar en la proporcionada por el establecido; (vi) dispone de información relevante sobre sus usuarios (hábitos de consumo, preferencias horarias, destino de llamadas, etc.) que facilitan enormemente su posicionamiento en el mercado. Como se puede ver, el establecido está en una posición naturalmente estratégica, no tiene competidores para ofrecer la interconexión a una red tan valiosa como la suya y tampoco tiene ningún incentivo para contratar u ofrecer la interconexión. El mejor uso o el uso más valioso que puede dar a su red es precisamente un uso exclusivo, lo que implica, contrariamente a lo que pretende la interconexión, la exclusión de todos los demás operadores. Además, tiene todas las herramientas que le permitirían lograr ese objetivo.

Si esa es la posición del establecido -que además responde a lo que todo comerciante racional haría en su caso-, es lógico suponer que si no existiera una obligación impuesta por la ley para permitir el acceso a su infraestructura a través de la interconexión y si ello no fuera una “condición esencial” de la concesión, -cuyo incumplimiento es sancionado como infracción muy grave-, no permitiría el uso de su infraestructura. Por el contrario, para mantener e incluso incrementar su poder monopólico, podría negarse a dar interconexión u otorgarla en condiciones que le resulten favorables. Es decir, percibiendo utilidades o rentas considerables por el acceso, desincentivando de esa manera, el ingreso de nuevos operadores. Si ello es así, no es posible afirmar que exista autonomía de voluntad cuando el operador establecido suscribe un contrato de interconexión. Igualmente, como se verá más adelante, el operador establecido tampoco tiene libertad para fijar el contenido o las condiciones de interconexión, pues aspectos tan medulares como la definición de las instalaciones esenciales respecto de la cuáles debe permitir el acceso o la contraprestación o pago por su utilización, están también sujetos a regulación.

En suma, para el operador establecido, el uso más valioso que le puede dar a su red, es su uso exclusivo y excluyente de cualquier otro operador y a partir de la red ya instalada y utilizando todos los recursos adicionales que dispone, desarrollar todas las líneas de negocio que pueda implementar sobre su infraestructura, de modo que logre posicionarse como el único operador de todos los servicios de telecomunicaciones. Y entonces, “*la primera y esencial característica de la autonomía de la voluntad* (que consiste en) *decidir si se obliga o no*”<sup>104</sup> no existe cuando el operador establecido celebra un contrato de interconexión.

Ahora bien, aún cuando pudiera afirmarse que más allá de su fuero interno, el contrato de interconexión contiene una manifestación de voluntad en el sentido de querer obligarse, la falta de voluntad se hace evidente con sus intentos de sustraerse de las obligaciones de interconexión. Ello fue puesto en evidencia, cuando, por ejemplo, en el expediente 003-2001 seguido entre AT&T y Telefónica, sobre abuso de posición de dominio, la Secretaría Técnica del CCO a cargo de la controversia concluyó que durante el período en que OSIPTEL estableció la posibilidad de realizar interconexión transitoria<sup>105</sup>, Telefónica había desarrollado una conducta destinada a bloquear las líneas PRI<sup>106</sup> de AT&T<sup>107</sup> usadas para la interconexión transitoria, enviando permanentemente llamadas sin identificación del origen (*Automatic Number Identification ANI*). Según señaló la Secretaría Técnica del CCO, el bloqueo de las líneas PRI era coincidente con los pedidos realizados por Telefónica para que los operadores entrantes dejaran de utilizar la

<sup>104</sup> STOLFI Giuseppe. Teoría del Negocio Jurídico. Madrid; Revista de Derecho Privado s.a., p. XXI

<sup>105</sup> La interconexión debe concretarse a través de troncales de enlace. No obstante, mediante Resolución N° 014-99-CD/OSIPTEL se aprobaron las Normas Complementarias en Materia de Interconexión que, entre otras disposiciones, estableció que los concesionarios que no habían logrado pactar una relación de interconexión definitiva vía troncales de enlace, podían solicitar la utilización de líneas telefónicas para establecer la interconexión. La norma se refería en concreto, a los supuestos en que (i) hubieran recibido una negativa de parte del operador de telefonía local, cualquiera fuese su justificación; y (ii) cuando hubiesen transcurrido 60 días calendario de iniciado el plazo de negociación del acuerdo o 70 días calendario de cursada la solicitud de interconexión, sin que se hubiera celebrado el contrato respectivo. De conformidad con la norma, esta medida era de carácter transitorio y se mantendría vigente hasta que la interconexión vía troncales de enlace se encontrara disponible y operativa. En tal sentido, se dispuso que la empresa que hiciera uso de dicha facultad debía comunicarlo al OSIPTEL 7 días antes del inicio de la interconexión transitoria y que el plazo de ésta no excedería de 4 meses desde la remisión de dicha comunicación, pudiendo ser prorrogado por 3 meses adicionales.

<sup>106</sup> Un PRI o acceso primario es una línea de 30 canales, y que por su capacidad, fueron utilizados como medio de interconexión transitoria.

<sup>107</sup> Si bien en el proceso se analiza en concreto el bloqueo de los PRI contratados por AT&T a Telefónica, durante el procedimiento se exhibieron comunicaciones de otros operadores que eran afectados por la misma práctica.

interconexión transitoria y hacerlo a través de la interconexión usando troncales. Si bien dicha conducta se produjo en el marco de la interconexión transitoria, es también cierto que OSIPTEL permitió esta modalidad de interconexión con la finalidad de acelerar el proceso de interconexión y generar incentivos para que Telefónica otorgue la interconexión definitiva a sus competidores. Ello porque, comparativamente, los costos de la interconexión transitoria eran menores y por tanto Telefónica resultaba siendo afectada por la competencia de otros operadores que usando la interconexión transitoria, podían terminar sus llamadas con menores costos que los de Telefónica. Como es natural, dichos costos que se traducían en el monto que los operadores podían cobrar a sus usuarios y por tanto en la posibilidad de captar mayores clientes. Ello sin mencionar el hecho que a Telefónica le resultaba más beneficioso económicamente permitir la interconexión a través de la interconexión vía troncales. Puede decirse entonces, que, aún cuando el establecido, manifieste conforme a ley, que su “voluntad” es brindar la interconexión, en su fuero interno no existe dicha voluntad y dicha falta de voluntad se traduce en ciertas conductas durante la vigencia de la relación jurídica. A diferencia de lo que ocurre en los intercambios voluntarios, la relación de interconexión puede ser, pues, particularmente difícil.

Ahora bien, la falta de voluntad para interconectarse, no puede ser considerada exclusiva del operador establecido. En efecto, bien podría ocurrir que los operadores ya interconectados, tampoco tuvieran incentivos para permitir nuevas interconexiones no sólo porque los nuevos entrantes son también potenciales competidores -y podrían disputarles los segmentos de mercado alcanzados con esfuerzo-, sino porque un alto número de interconectantes podría incrementar los costos de la interconexión, y tratándose de costos compartidos entre los operadores, éstos se verían afectados con costos de interconexión adicionales<sup>108</sup>.

Y una muestra de la falta de voluntad de los entrantes ya establecidos es que los mandatos de interconexión no son exclusivos de los operadores entrantes con el establecido.<sup>109</sup> En efecto, el Mandato de Interconexión N° 001-2001-CD/OSIPTEL publicado el 10 de mayo de 2001 que regula la relación de interconexión entre AT&T y Bellsouth responde a la falta de acuerdo de las partes para establecer el cargo de terminación de llamadas utilizando el transporte conmutado provisto por

---

<sup>108</sup> En ese sentido, el artículo 2 de la Resolución N° 037-99-CD/OSIPTEL establece que todos los operadores asumirán los costos asociados al acceso de los concesionarios de larga distancia a la red local de Telefónica.

<sup>109</sup> Sin embargo, la proporción de mandatos emitidos entre los operadores entrantes es menor en relación a los mandatos emitidos en relación al operador establecido. Hasta el 22 de abril de 2004, existían 7 mandatos están referidos a la relación de interconexión de dos operadores entrantes. Fuente: Página Web de OSIPTEL.

Telefónica. En ese caso, AT&T solicitaba la interconexión y pretendía un cargo equivalente al 25% de la tarifa cobrada al público por hacer una llamada desde un teléfono fijo a un móvil, mientras que Bellsouth pretendía que el cargo de terminación fuera de US\$ 0.207 por minuto. El regulador estableció que el cargo aplicable debía ser el de US\$ 0.2053 de conformidad con las Resoluciones N° 063-2000-CD/OSIPTTEL, 071-2000-CD/OSIPTTEL, y N° 004-2001-CD/OSIPTTEL. El hecho que el operador al que se le solicita la interconexión pretenda cobrar un cargo por terminación de llamada utilizando la modalidad de tránsito conmutado equivalente al cargo de terminación de llamada sin utilizar el tránsito de un tercer operador revela también la conducta estratégica de quien aún no siendo el operador establecido con mayor cobertura, pretenda igualmente sacar el máximo provecho de su infraestructura estableciendo cargos de interconexión lo suficientemente altos para generar los mayores beneficios económicos o disuadir o impedir que los otros competidores utilicen sus instalaciones<sup>110</sup>. Igualmente, la conducta del solicitante, revela su intención de obtener la mayor ventaja posible, pagando cargos menores. En consecuencia, todos los empresarios, en el lugar en que se encuentren –sean o no establecidos y tengan o no redes suficientemente desarrolladas- pretenden lograr mayores beneficios. Dependiendo de su posición pugnarán por percibir las mayores rentas por acceder a su infraestructura, o pagar lo menos posible por la infraestructura ajena.

Por ello, cuando se habla de interconexión, se puede hablar de verdadera voluntad de celebrar un contrato, únicamente respecto de los operadores entrantes o solicitantes de interconexión. Para el entrante, el acceso a la red es la única posibilidad de competir en el mediano plazo, pues replicar la red existente le generaría costos tan altos que difícilmente estaría en condiciones de realizar.

Por último, se podría afirmar que el fundamento de la voluntad de contratar, se encuentra en la misma solicitud de una concesión, pues quien solicita una concesión, lo hace sabiendo que una de las consecuencias de dicha solicitud es la de interconectarse y entonces, su voluntad de contratar fue manifestada en el momento que solicitó la concesión. Al respecto, cabe señalar que la obligación de interconexión nace por voluntad de la ley y es impuesta como todo deber legal trascendiendo el interés individual o particular. Se trata de una obligación derivada de un acto voluntariamente concertado, como ocurre en todos los casos en los que una decisión libremente adoptada da lugar al cumplimiento de una serie de obligaciones impuestas por la ley, las mismas que no han sido necesariamente “queridas” por quien se puso en dicha posición. Ello ocurre por ejemplo con los

---

<sup>110</sup> No obstante, es necesario advertir que la interconexión es deseable cuando las empresas que se interconectan son equivalentes.

empresarios que, a partir de su manifestación de voluntad de constituir una sociedad, se ven sometidos a una serie de normas imperativas, tales como el pago de impuestos, que son una consecuencia de esa decisión libremente adoptada. La solicitud de concesión es el pedido a la autoridad para que ésta autorice el ingreso al negocio de telecomunicaciones, pero eso no es una manifestación de voluntad de querer interconectarse. Al igual que el inicio de actividades económicas no es la manifestación de voluntad de pagar impuestos.

#### 3.4.1.2 Contenido del contrato

Como se sabe, la autonomía de voluntad en el Derecho Privado, no se restringe a la posibilidad que un individuo contrate libremente sino que exige la intervención del Estado con la finalidad que determinada declaración tenga un efecto vinculante y que, en ciertos casos, se reclame la potestad coercitiva del Estado para que ocurran ciertas consecuencias legales. Dicha intervención no responde a un criterio individualista sino más bien a un interés común y es consecuencia de una manifestación previa de voluntad de los contratantes. La voluntad de las personas de ubicarse en determinada posición jurídica hace que en ciertas eventualidades, tales como el incumplimiento contractual o una resolución del contrato, u otra circunstancia, sea necesaria la intervención del Estado a través de ciertas normas imperativas. Ello es así, incluso en los casos en que la contratación se produce como consecuencia de contratos de adhesión o en contratos en los que pudiera existir algún cuestionamiento respecto de la existencia de la voluntad, pues como regla general, la voluntad de las personas genera determinada situación jurídica y luego, y ante cierta eventualidad, interviene el Estado.

No obstante, no ocurre lo mismo en el caso de la interconexión, pues la voluntad de las partes no es “anterior” a la actuación de la ley, sino es la ley la que quiere que la situación ocurra, aún contra la voluntad de las partes. La intervención del Estado no es sólo una “consecuencia” de una voluntad previamente declarada por las partes, sino es un mandato imperativo que se antepone a la voluntad de las partes y que continúa no sólo en la formación del contrato y la definición de sus términos, sino que lo acompañará a lo largo de su ejecución.

Como hemos visto, en relación al contenido del contrato, quienes sostienen su naturaleza de contrato privado, afirman que la autonomía de voluntad no es un principio absoluto, y que, en cualquier caso existe un amplio margen para fijar el

contenido del contrato. Corresponde entonces analizar si la libertad para fijar el contenido del contrato justifica su inclusión como figura del derecho civil.

A diferencia de cualquier contrato, toda relación jurídica de interconexión está sujeta a una serie de principios, recogidos tanto en la legislación nacional como en la comparada y que son de aceptación general. Dichos principios tienen por finalidad que las condiciones de interconexión entre todos los operadores del mercado -incluidas las que el operador establecido ofrece a sus propias subsidiarias o empresas vinculadas-, sean equivalentes. Ello porque, como se ha señalado, se persigue que el mercado de telecomunicaciones sea un mercado competitivo, y como tal, los empresarios deben lograr las preferencias de los usuarios -y por tanto el éxito en el mercado-, partiendo de sus propias estrategias y esfuerzos. No es legítimo que su permanencia en el mercado o en general, sus resultados, dependan de ventajas ajenas a ese esfuerzo, como serían condiciones de interconexión más favorables sin ningún sustento económico o comercial.

La aplicación de dichos contratos a la relación de interconexión, determinan pues, que el contenido del contrato no esté sujeto a la liberalidad de las partes.

#### **3.4.1.2.1 Elementos del contrato de interconexión**

Ahora bien, si se parte del hecho que por la interconexión, se accede a infraestructura ya existente, los elementos esenciales de cualquier contrato de interconexión, serán las infraestructuras o servicios a los que pueden acceder los operadores competidores y la retribución que deberán pagar en contraprestación por el uso de dicha infraestructura.

Cabe preguntarse entonces, si en relación a estos dos elementos esenciales de los contratos de interconexión, existe un margen para la libertad o disposición de las partes.

##### **a) Los componentes, infraestructuras o servicios que son objeto de la interconexión**

Las políticas de telecomunicaciones, exigen a los operadores establecidos suministrar a sus competidores, el acceso a componentes desagregados de la red.

La desagregación es *“la provisión de componentes de la red en forma individualizada ... permite a los operadores que se interconectan acceder a un elemento de la red sin la obligación de pagar por otros elementos integrados en un “servicio de interconexión”<sup>112</sup>”*. Los “componentes de la red” pueden ser tanto instalaciones físicas como funciones y servicios “no físicos” tales como líneas de acceso a la red (bucles locales y funciones conexas), funciones de conmutación local, funciones de conmutación tándem, transmisión local (por ejemplo, entre conmutadores locales en tándem), acceso a los enlaces de señalización y puntos de transferencia de señalización (STP), acceso a las bases de datos sobre llamadas, códigos de la central principal, listas de suscriptores (en directorios telefónicos o bases de datos de directorios), servicios de operador, funciones de asistencia de directorio, funciones de sistemas operativos de apoyo, entre otros.

En nuestro país, para determinar cuáles son los componentes de red que se deben interconectar, se recurre a las “facilidades esenciales” o “instalaciones esenciales”, que se definen como *“toda parte de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que (i) sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y, (ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico”* (artículo 6 del Reglamento de Interconexión). De conformidad con el Reglamento de Interconexión, se considera como instalaciones esenciales: la terminación de llamada, que se define como *“el completamiento o la originación de una comunicación conmutada hacia o desde el cliente de una red, incluyendo su señalización correspondiente”*; la conmutación que *“consiste en el establecimiento de una trayectoria de transmisión temporal dentro de una red local vía central local o central tándem entre una red local y otra central de conmutación, a la cual está conectada la red local de otro abonado, o en el establecimiento de una trayectoria temporal entre centrales de conmutación”*; el transporte que *“consiste en el enlace de transmisión entre centrales de conmutación locales o centrales tándem, o entre una central local y una de larga distancia”* que puede ser dedicado o común; la señalización que *“consiste en el transporte de la información necesaria para establecer la comunicación entre usuarios”* y los servicios auxiliares, que son, *“entre otros, servicios de directorio, de emergencia, de facturación y cobranza necesarios para la operación de otras redes o servicios públicos de telecomunicaciones”*. Adicionalmente, de conformidad con la Resolución 432 de la Comunidad Andina, son instalaciones esenciales los servicios de facturación y recaudación. Es pues, respecto de dichas instalaciones, que la interconexión es obligatoria, y son los componentes que se incluyen en la definición, los que deben ser provistos de manera obligatoria por el

<sup>112</sup> INFODEV BANCO MUNDIAL. o.c., p. 3-40



operador establecido. Cabe señalar que dichas instalaciones determinan la existencia misma de la interconexión, por lo que no pueden ser calificadas como accesorias, o poco trascendentes en la relación de interconexión.

Aún cuando podría considerarse que ciertos aspectos estrictamente técnicos de la interconexión podrían ser dejados en manos de los operadores por razones de eficiencia -pues ellos conocen mejor sus infraestructuras-, ello no es así. En efecto, las normas que regulan los aspectos técnicos vinculados a la interconexión, son también de carácter imperativo. En ese sentido, nuestra legislación establece que los operadores deben adoptar la arquitectura de red abierta y que deben considerar las condiciones necesarias para garantizar la interoperatividad de las redes y una calidad satisfactoria de los servicios, según los estándares y recomendaciones de la UIT y cumpliendo los planes técnicos fundamentales de transmisión, conmutación, señalización, sincronización y numeración (artículo 32 del Reglamento de Interconexión); los puntos de interconexión deben ser determinados de manera que se garantice la calidad de servicio, accesibilidad y capacidad de tráfico, y, en todo caso, las características del enlace de interconexión deben ser iguales o superiores a las características que el operador de la red o servicio requerido se proporciona a sí mismo o a empresas con las que tiene vinculación directa o indirecta, para la prestación de un servicio equivalente (artículo 33 del Reglamento de Interconexión); el contenido del Proyecto Técnico de Interconexión debe integrar el contrato de interconexión (artículo 39 del Reglamento de Interconexión); deben contemplarse las pruebas técnicas de la interconexión y la necesidad de comunicar el resultado de dichas pruebas al regulador, quien puede participar en las mismas (artículos 41 y 42 del Reglamento de Interconexión). La única norma dispositiva es la que permite que por acuerdo de las partes, los equipos necesarios para la interconexión se ubiquen en los locales de quien provee la interconexión (artículo 34 del Reglamento de Interconexión), pues inclusive las modificaciones que se realicen en la red, deben ser comunicadas al regulador y a los operadores interconectados (artículo 31 del Reglamento de Interconexión).

## **b) Aspectos económicos de la interconexión**

En relación al segundo elemento esencial de todo contrato de interconexión, referido a la contraprestación por el uso de la infraestructura, se debe tener en cuenta que rige el principio de orientación a costos -reconocido también en nuestra legislación-, que establece ciertos parámetros previamente determinados e imperativos para establecer el monto de los cargos de interconexión. En ese

sentido, se establece que *“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 el OSIPTEL y serán iguales a la suma de: (i) costos de interconexión, (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local, y (iii) un margen de utilidad razonable”* (artículo 13 del Reglamento de Interconexión). La misma norma define también cada uno de estos conceptos y la metodología para determinar el monto de cada uno de ellos. Por la naturaleza imperativa de dichas disposiciones, los operadores no podrían establecer cargos diferentes que no contemplen alguno de esos aspectos y tampoco podrían incorporar conceptos no previstos.

La fijación del cargo, o lo que es lo mismo, la contraprestación que los operadores deben percibir por ofrecer la interconexión, no responde únicamente a la voluntad de las partes contratantes pues las mismas están obligadas a especificar el valor de los cargos, las fórmulas de ajuste y la metodología empleada para cuantificar los cargos y fórmulas (artículo 18 del Reglamento de Interconexión). Asimismo, en defecto de acuerdo de las partes, éstas deben considerar que el cargo de interconexión es el cargo tope previsto por OSIPTEL de modo general para cada uno de los supuestos de interconexión.

Si adicionalmente se tiene en cuenta que la interconexión se encuentra sujeta al principio de no discriminación, todas las condiciones económicas pactadas con un operador, deberán ajustarse a otros acuerdos igualmente vigentes, de modo que todos tengan condiciones económicas equivalentes. En ese sentido, el artículo 28 del Reglamento de Interconexión establece que *“los contratos de interconexión incluirán una cláusula que garantice la adecuación, de ser el caso, de los cargos de acceso y/o condiciones económicas que les fueran aplicables, cuando una de las partes negocie con un tercer operador un contrato de interconexión con cargos de acceso y/o condiciones económicas más favorables que los acordados en contratos previos para una interconexión equivalente”*. Según esta norma, los cargos de interconexión están sujetos a las variaciones que ocurran en el mercado de telecomunicaciones.

Es importante tener en cuenta que si bien se proclama que los cargos de interconexión, deben estar orientados a costos, es también cierto que, por lo menos en una etapa inicial, no es posible realizar un cálculo que obedezca a costos, pues la información para tal cálculo debe ser obtenida principalmente del operador establecido –quien tiene buenas razones para no brindar dicha información- y porque además el cálculo puede resultar muy complejo. Por esa razón es posible que los cargos, aún los fijados por los reguladores no respondan

a un estudio de costos y entonces, deban ser modificados a partir de nueva información. Ello implica que, por lo menos en una etapa inicial, ciertas condiciones económicas pactadas con determinado operador no puedan ser consideradas como “derechos adquiridos” para ninguna de las partes porque así como el operador establecido podría alegar que ya pactó cierto monto y por tanto no sería posible reducir el monto de un cargo, los entrantes tampoco podrían alegar que ya obtuvieron el derecho de pagar un cargo menor y que por tanto un cargo mayor no les sería aplicable. Ello ocurrió con la Resolución 018-2003-CD/OSIPTEL en la que se establecieron cargos tope, que resultaron siendo mayores a los cargos que habían sido fijados previamente en el Mandato de AT&T que disponía expresamente la adecuación a todos los operadores –incluyendo AT&T- a los nuevos cargos. La fijación de cargos en determinada relación de interconexión, no puede entonces, considerarse definitiva, pues tanto los contratos de interconexión, cuanto los mandatos contienen una norma de adecuación de cargos, que hace posible que el principio de no discriminación esté vigente.

En el aspecto económico, la legislación prevé también la incorporación con carácter imperativo de cláusulas referidas a (i) las formas de liquidación o cancelación de los cargos de acceso, (ii) los mecanismos de verificación y control del tráfico tasado, que determina el monto final a pagarse, (v) mecanismos que garanticen el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, (vi) cualquier otro cargo que hayan acordado, (vii) fechas o períodos de revisión de las condiciones del contrato (artículo 49 Reglamento de Interconexión). Igualmente, existen normas imperativas que establecen los procedimientos para la suspensión de la interconexión por falta de pago, -los mismos que son distintos de la excepción de incumplimiento contractual prevista en el artículo 1426 del Código Civil-, y que están dirigidos a garantizar que el usuario del servicio no se vea afectado por el incumplimiento contractual de una de las partes.

Como puede verse, el contenido de los contratos de interconexión se encuentra “encapsulado”, tasado o medido por normas regulatorias de carácter imperativo y que deben ser cumplidas por los operadores una vez que algún otro operador le solicite interconexión.

Podría afirmarse, sin embargo, que si bien dichos límites existen, las partes aún mantienen un margen de libertad de decisión y que por tanto, dicho margen justifica su calificación como contrato civil. No obstante, como se ha visto en el acápite 2.4 el proceso de negociación es también un mecanismo utilizado por el regulador para lograr mayor eficiencia y en el que tiene una presencia constante. Además, el resultado de dicha negociación puede ser modificado sustancialmente

por el regulador, aún cuando ambos contratantes hayan convenido en ese aspecto concreto o aún contra la voluntad de ambos operadores.

Para apreciar la dimensión de la voluntad en la fijación de las condiciones de interconexión, es pertinente recordar el sentido de la resolución emitida por el CCO de OSIPTEL en el expediente 02-2000, en el que, como se ha señalado, la autoridad administrativa declaró que todas las condiciones de interconexión, - incluido el cargo de terminación fijado para la relación de interconexión entre Telefónica y Bellsouth- eran igualmente aplicables a la relación de interconexión entre Bellsouth y Teleandina, aún cuando entre ellas no existía un acuerdo expreso o tácito respecto de las condiciones de interconexión aplicables al tráfico cursado por Teleandina y terminado en la red móvil de Bellsouth.

#### **3.4.1.3 Ofertas de interconexión de referencia**

Todos los principios de interconexión así como las normas reglamentarias establecidas con antelación a la negociación de los acuerdos o contratos de interconexión, han motivado normativa supranacional e interna referida a la necesidad de establecer una serie de “Ofertas de Interconexión de Referencia”. Dichas ofertas contienen las condiciones generales e información técnica y económica requerida para la interconexión por los operadores establecidos.

En la Unión Europea por ejemplo, existe la Oferta de Red Abierta ONP, que contiene los términos de un futuro un acuerdo de interconexión con terceros operadores. La Resolución 432 de la Comunidad Andina, contiene también una disposición para que los países con pautas previas de reglamentación adopten un acuerdo de interconexión de referencia u Oferta Básica. Igualmente, Canadá trabajó un acuerdo de interconexión de referencia que, con el consenso de todos los involucrados, sería la base de un futuro acuerdo de interconexión.

En nuestro país, existe el documento denominado “Modelo de contrato de interconexión para operadores de larga distancia con las redes fija – local y de larga distancia de Telefónica del Perú S.A.A.”, el mismo que fue declarado por OSIPTEL como un instrumento contractual acorde y compatible con el ordenamiento jurídico aplicable a las relaciones básicas de interconexión de las redes a que se refiere el documento. Si bien dicho documento no tiene carácter vinculante -pues la norma que lo aprueba le reconoce un carácter meramente

referencial-, se trata de un documento que contempla los aspectos básicos que debería tener todo contrato de interconexión de este tipo.

Puede decirse entonces que la tendencia es lograr acuerdos de interconexión de referencia que permitan una rápida y sencilla adaptación a las características técnicas o económicas de las empresas involucradas en la relación de interconexión concreta.

Como se sabe, el ingreso efectivo al mercado para competir, se produce no con la concesión otorgada por la autoridad correspondiente sino cuando el operador entrante puede comenzar a terminar tráfico y eso puede ocurrir únicamente cuando el acuerdo de interconexión se ha concretado por lo menos con el operador establecido más antiguo. Ello justifica una rápida adhesión a ciertas cláusulas en cuya redacción, el operador entrante no necesariamente ha participado.

Esta modalidad de contratación, se acerca a las cláusulas generales de contratación que, de conformidad con el artículo 1392 del Código Civil son redactadas previa y unilateralmente por una persona en forma general y abstracta con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos. Podría afirmarse que en la interconexión, los operadores establecidos redactan las ofertas de interconexión de referencia (cláusulas generales), de modo general y abstracto para que permitan suscribir acuerdos con los operadores entrantes que darán lugar a contratos individuales. No obstante, una característica que acoge la doctrina respecto de las cláusulas generales de contratación –aunque no está expresamente prevista en nuestro Código Civil- es que se trata de condiciones que no se encuentran sujetas a negociación y por tanto se incorporan a los contratos sin que sea necesario ni posible su discusión previa. Ahora bien, en el caso de la interconexión, las ofertas de interconexión, no se ha limitado la posibilidad de discutir los términos de las mismas.

Ahora bien, aún admitiendo que los contratos de interconexión fueran una modalidad de contratación a través de cláusulas generales de contratación, el vínculo contractual tendría que generarse voluntaria y libremente, y, como hemos visto, ello no ocurre, por lo menos respecto de una de las partes. En cualquier contrato con cláusulas generales de contratación, la parte que estipula las condiciones, tiene real voluntad de celebrar el contrato pues normalmente, su actividad económica, depende de dichos contratos. Ello no ocurre en la interconexión, donde no sólo su actividad no depende de dichos contratos, sino

que la suscripción de un contrato de interconexión puede resultar afectando alguna porción de mercado.

#### 3.4.1.4 La intervención de la autoridad reguladora como condición de validez

Otra de las razones para considerar que el acuerdo de interconexión tiene naturaleza privada, es que la intervención de la autoridad administrativa es simplemente una condición jurídica que permite evaluar el cumplimiento de la normativa.

Al respecto, en nuestra legislación, se impone la obligación de presentar a OSIPTEL, para su evaluación y pronunciamiento, el contrato celebrado por las partes. Presentado el contrato, el regulador puede (i) solicitar a los operadores la información complementaria que necesite; (ii) emitir un pronunciamiento escrito manifestando su conformidad con el documento; (iii) expedir las modificaciones o adiciones que considere necesarias al contrato de interconexión ya suscrito por las partes, las mismas que deben ser obligatoriamente incorporadas (artículo 44 del Reglamento de Interconexión); y (iv) objetar, con expresión de causa, el contenido del contrato de interconexión, requiriendo a las partes para que incorporen las modificaciones propuestas por OSIPTEL bajo apercibimiento de expedir un Mandato de Interconexión (artículo 47 del Reglamento de Interconexión).

Si bien las dos primeras posibilidades permitirían afirmar que la intervención del regulador es simplemente una condición jurídica que da validez al contrato, no ocurre lo mismo con las dos últimas. De hecho, las adiciones o modificaciones que el regulador disponga incorporar en el contrato ya suscrito por las partes no provienen de la voluntad de ninguna de ellas. Dichas modificaciones constituirán, actos dictados por la autoridad –y por tanto administrativos- que se incorporarán imperativamente en un contrato ya suscrito.

Es más, de conformidad con el artículo 47 del Reglamento de Interconexión, la autoridad no sólo está facultada para verificar el contenido del contrato sino puede desaprobar el contrato y emitir un mandato administrativo –cuya naturaleza administrativa no es materia de discusión- con la finalidad de regular la relación de interconexión. El artículo 47 del Reglamento de Interconexión señala en ese sentido que *“OSIPTEL podrá objetar con expresión de causa los contratos de interconexión, si éstos se apartan de los criterios de costos que corresponda*

*aplicar, o atentan contra los principios que rigen la interconexión en grado tal que afecte los intereses de los usuarios de los servicios o terceros operadores. Producidas las circunstancias indicadas en el párrafo anterior, el OSIPTEL podrá requerir a las partes contratantes para que revisen el acuerdo que entre ellas hubieran convenido, bajo apercibimiento de expedir un mandato estableciendo las condiciones a las que se sujetará la interconexión...* (subrayado agregado). Y el artículo 48 del Reglamento de Interconexión, señala que “...si las empresas no hubiesen recogido las observaciones o no hubiesen establecido pactos con efectos análogos a los observados por la resolución a que se refiere el artículo 47, OSIPTEL emitirá un Mandato dentro de los diez (10) días hábiles, computados a partir del vencimiento del plazo otorgado para la incorporación de las observaciones del caso” (subrayado agregado).

Ello ocurrió por ejemplo en la Resolución N° 165-2003-GG/OSIPTEL publicada con fecha 18 de mayo de 2003 por la que se dispuso no aprobar el “Acuerdo comercial para el uso de teléfonos públicos” suscrito entre Telefónica e Infoductos y Telecomunicaciones S.A. Según señaló OSIPTEL en esta resolución, el acuerdo “estaría excediendo el marco de negociación establecido por la Resolución N°018-2001-CD/OSIPTEL” (subrayado agregado) al permitir un cargo superior al fijado como tope por OSIPTEL. Ante el incumplimiento de las partes para cumplir el requerimiento previo de OSIPTEL de adecuar el acuerdo, la resolución antes citada, se declaró cuál debía ser el cargo aplicable por la terminación de llamadas en teléfonos públicos, modificando con ello uno de los elementos sustanciales del contrato de interconexión, como es el cargo.

Y dichas normas son aplicables también en los supuestos de modificación de los contratos, pues dichas modificaciones también deben ser aprobadas previamente por OSIPTEL (artículo 50 del Reglamento de Interconexión) y a todos los acuerdos vinculados a la interconexión que puedan celebrar las partes contratantes (artículos 29 y 30 del Reglamento de Interconexión). En consecuencia, estas disposiciones rigen durante toda la vida de la relación jurídica de interconexión.

La aprobación administrativa no es pues, una condición que permite evaluar el cumplimiento de la normativa. Se trata mas bien de una condición para la eficacia del contrato o acuerdo de interconexión, pues éste entrará en vigencia al día siguiente que OSIPTEL notifique a las partes con la resolución autoritativa (artículo 46 del Reglamento de Interconexión).

En consecuencia, el regulador puede modificar sustancialmente lo que las partes hubieran “querido” al celebrar el contrato e inclusive disponer condiciones distintas

a las previstas por las partes. No es pues, una mera verificación del cumplimiento general de las normas sobre interconexión. Ello hace que el marco en el que los particulares pueden negociar libremente los llamados contratos de interconexión se restringe no sólo por la normativa imperativa aplicable para cualquier contrato civil sino por una normativa mucho más explícita y detallada que abarca, como se ha visto, la determinación de los elementos sustanciales más importantes del contrato y cuyo cumplimiento puede ser dispuesto directamente por la autoridad.

Cabe precisar finalmente que la amplitud de las facultades de OSIPTEL en relación a los contratos de interconexión, no son comparables con el control administrativo que ocurre en otros ámbitos, como por ejemplo el laboral. En el Derecho Laboral, se contempla la obligación de la aprobación previa de ciertos contratos por parte de la autoridad administrativa laboral. No obstante, la falta de incorporación o la incorporación defectuosa de una norma laboral, no faculta a la administración a emitir un pronunciamiento disponiendo las condiciones a que se sujeta dicha relación laboral, sino se limita a hacer un control posterior respecto de la veracidad del contenido del contrato con la facultad de imponer una multa al empleador en el caso que constate falta de veracidad en el contenido del contrato<sup>115</sup>.

El alcance de las facultades del organismo regulador en el tema de la interconexión, es pues, particularmente invasivo.

#### **3.4.1.5 La autoridad puede intervenir sin petición de parte**

Como se ha señalado, se afirma también que el contrato de interconexión es de naturaleza privada porque para que intervenga el regulador, es necesario que alguna de las partes solicite expresamente la interconexión y que ésta haya sido denegada o no haya podido concretarse, pues de lo contrario, se atentaría contra el principio de libertad de empresa.

Esta afirmación no es exacta en el caso de la legislación peruana pues en nuestro país se permite la intervención de la autoridad administrativa de oficio, es decir sin solicitud expresa de ninguna de las partes. La autoridad puede decidir la obligatoriedad de la interconexión en los casos de servicios distintos de los servicios portadores y finales que, como se ha señalado, son los comprendidos

---

<sup>115</sup> Artículo 73 del Decreto Supremo 003-97-TR, TUO el Decreto Legislativo 728.



expresamente por la legislación como de interconexión obligatoria (artículo 5 del Reglamento de Interconexión). Asimismo, ante la negativa de las partes de incorporar las objeciones que hubiera formulado respecto del contrato de interconexión, el regulador puede disponer la interconexión a través de un mandato de interconexión (artículo 40 del Reglamento de Interconexión).

Ese fue, por ejemplo, el caso del expediente N° 001-97<sup>116</sup> iniciado de oficio por OSIPTEL y que buscaba la interconexión de los servicios de valor añadido, respecto de los cuales la legislación no imponía la interconexión obligatoria. En la resolución por la que se inició el procedimiento, OSIPTEL señaló que *"aún cuando Limatel S.A. Editrade S.A. e IBM del Perú S.A. no han dado inicio formal a un procedimiento de solución de controversias, OSIPTEL ha determinado la existencia de un conflicto de intereses que viene afectando el normal desenvolvimiento del mercado de servicios públicos de valor agregado de mensajería interpersonal en su modalidad de transmisión electrónica de documentos (EDI), afectando los intereses de los usuarios de dicho servicio"* (subrayado agregado), por lo que dispuso iniciar de oficio un procedimiento de controversias entre Limatel S.A., Editrade S.A. e IBM del Perú S.A. operadoras de servicios de valor añadido.

Aún cuando no existía obligación legal de interconectarse, las empresas involucradas cumplieron el requerimiento del regulador y dos de ellas, LIMATEL y EDITRADE manifestaron su interés en la aplicación del marco regulatorio previsto para la interconexión en general, reconociendo su carácter imperativo.

La facultad del regulador de intervenir de oficio, fue también reconocida por el CCO a cargo de la controversia que resolvió declarar obligatoria la interconexión entre las empresas involucradas y les otorgó un plazo para fijar las condiciones económicas, técnicas y legales de la interconexión. Se resolvió asimismo que *"La interconexión que se implemente en cumplimiento de la presente resolución tendrá vigencia indefinida. Las partes podrán establecer modificaciones a la interconexión a que se refiere la presente resolución, para lo cual deberán sujetarse al procedimiento establecido en el artículo 41 del Reglamento de Interconexión aprobado por OSIPTEL mediante resolución 001-98-CD/OSIPTEL"*.

Como puede verse, en este caso, la interconexión no se impuso por vía de un Mandato de Interconexión, sino a través de un acuerdo que fue concretado como

---

<sup>116</sup> Este proceso se inició con anterioridad a la vigencia del Reglamento de Interconexión que establece expresamente que el regulador puede disponer la obligatoriedad de la interconexión en los servicios distintos de los portadores y finales.

consecuencia de una resolución expedida en sede administrativa. Cabe preguntarse entonces si el acuerdo firmado por las partes tiene naturaleza eminentemente privada o por el contrario, el hecho que se haya concretado como consecuencia de un mandato administrativo lo convierte en uno de esa naturaleza. Esta última opción parece respaldada si se tiene en cuenta que, el origen del acto otorgado por las partes no es su voluntad, sino es el cumplimiento de la voluntad de la autoridad administrativa y cuyo incumplimiento puede derivar en una sanción administrativa.

No puede decirse entonces, que en el contrato o acuerdo de interconexión se produzca lo que se denomina autonomía de voluntad o lo que tradicionalmente se ha entendido por ella.

### 3.4.2 Los sujetos de la interconexión

Sin duda el elemento más importante para afirmar la naturaleza privada de los contratos de interconexión es que los sujetos que intervienen en la misma, son sujetos privados o, siendo sujetos de derecho público, se encuentran sometidos al Derecho Privado.

Como se ha señalado, el caso paradigmático de la interconexión es la interconexión de los operadores entrantes con el operador establecido en la telefonía fija local. En este caso, si bien la titularidad del bucle local corresponde en la generalidad de los casos a sujetos de derecho privado, existe consenso en que las redes a interconectar son públicas porque su finalidad es lograr los fines de interés público identificados en los servicios públicos –universalidad, continuidad, etc.-. En ese sentido, el propio Chillón Medina señala que “*el concepto de red pública en cuanto infraestructura necesaria a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, ha de entenderse no sólo en razón de la naturaleza del titular... sino en el criterio más amplio de su destinatario. Redes públicas son aquellas destinadas a la correspondencia pública, esto es, con los caracteres de universalidad, generalidad y uso público*”<sup>117</sup> (subrayado agregado).

Si entonces, lo que se interconecta son redes públicas en el sentido anotado, cabe preguntarse si el hecho que los sujetos titulares de las redes sean particulares

---

<sup>117</sup> CHILLÓN MEDINA; o.c., p. 116

puede ser tan determinante para considerar que se trata de un contrato de naturaleza privada. En nuestra opinión la respuesta es negativa porque:

(i) De conformidad con el artículo I inciso 8) de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el concepto “entidad de la Administración Pública” incluye a las personas que –como los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones- son personas de jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios en mérito a una concesión administrativa. En consecuencia, los operadores de telecomunicaciones se encuentran incluidos expresamente en el ámbito de aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General y por tanto califican como “entidad de la Administración Pública”.

(ii) En el Derecho Civil, la presencia de una persona pública o privada no determina que la relación jurídica sea privada. En efecto, a diferencia del Derecho Administrativo que para su aplicación evalúa previamente si en determinada relación jurídica interviene la Administración con *ius imperium*, el Derecho Civil no se aplica en razón de los sujetos que intervienen en la relación jurídica. Es perfectamente posible que aún cuando las personas que integran la relación jurídica sean públicas, el Derecho Civil sea aplicable y por tanto se trate de una relación privada.

(iii) Los servicios respecto de los cuales la interconexión es obligatoria, han sido clasificados en nuestra legislación como servicios públicos de telecomunicaciones. Si la calificación de pública o privada de tales servicios fuera determinante para ubicarlo como perteneciente al Derecho Civil o Administrativo, la interconexión caería en el ámbito público.

(iv) El hecho que sean los particulares quienes presten los servicios de telecomunicaciones no significa que las obligaciones de universalidad, continuidad, regularidad de los servicios y en general protección de los usuarios<sup>118</sup> características del concepto de “servicio público” hayan desaparecido. Por el contrario, se afirma que las empresas prestadoras de servicios públicos sustituyen al Estado en la provisión servicios públicos<sup>119</sup> y si los privados actúan cumpliendo

---

<sup>118</sup> Ver en ese sentido, ARIÑO ORTIZ, G; DE LA CUÉTARA J.M; MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L. El Nuevo Servicio Público. Madrid. Marcial Pons 1997; p. 100; DESDENTADO DAROCA, Eva. La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes. Valencia; Tirant lo Blanch 1999; p.168; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Del Servicio Público a la Liberalización desde 1950 hasta hoy” En: Revista de Administración Pública; Num. 150; Setiembre-diciembre 1999

<sup>119</sup> SOLANES. o.c.,; p. 48

una función propia del Estado, su actividad estaría más cercana al Derecho Administrativo que al Derecho Civil;

(v) Inclusive en Estados Unidos de Norteamérica cuyos servicios siempre fueron de titularidad privada, los tribunales estadounidenses han fallado reconociendo la existencia de un interés público en su prestación. Se ha señalado en ese sentido que este tipo de negocios “no es juris privati únicamente y que no importa que... (las actividades) se hayan iniciado antes de que adoptara la regulación; si las partes intervinientes no deseaban someterse a las regulaciones no deberían haber interesado al público en sus empresas”<sup>120</sup>. La presencia de los particulares no implica pues que el interés público haya desaparecido.

(vi) Más importante que los sujetos que intervienen en una relación jurídica, es el contenido de la misma y el objetivo que pretenden lograr. En el caso de la interconexión, el interés no es atender el interés de una de las partes, sino el de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones que ni siquiera son “parte” del contrato de interconexión;

(vii) la doctrina reconoce que puede existir actividad administrativa realizada por particulares. En efecto, si bien se afirma que “para que exista una relación jurídico administrativa es preciso que, al menos, una de las partes en relación sea una Administración Pública”<sup>121</sup> se admite la llamada actividad administrativa de los particulares. Dicha actividad ocurre por ejemplo cuando como consecuencia de las concesiones de servicios públicos, la administración, reteniendo la titularidad última del servicio concedido, delega en el concesionario las potestades de policía sobre los usuarios de los servicios públicos y se traduce por ejemplo en imposición de multas a los usuarios que infringen los reglamentos del servicio, cuya virtud y eficacia es la misma que si hubieran sido dictadas por la Administración, afirmándose que en estos casos “se trata, pues, de verdaderos actos administrativos, en la medida en que el concesionario actúa en lugar de la Administración Pública como delegado suyo”<sup>122</sup> (subrayado agregado). Otro supuesto de delegación ocurre cuando el delegado que puede ser otra Administración Pública o un simple particular, actúa en el ámbito de la delegación como si fuera la propia administración delegante.

Resulta entonces, que no es relevante si el titular de la empresa que brinda el servicio sea de derecho privado para calificar la actividad como tal. En todo caso,

---

<sup>120</sup> Ibíd., p.48

<sup>121</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo Tomo I; o.c., p. 38

<sup>122</sup> Ibíd. p.39

existen razones que lo “alejan” de los objetivos y finalidades de los particulares para acercarlos a una figura con importantes componentes de Derecho Público.

### 3.4.3 El contrato de interconexión como contrato forzoso o normado

Finalmente, corresponde analizar si el llamado contrato o acuerdo de interconexión es un supuesto de contrato forzoso y por tanto, de naturaleza privada.

Como se sabe, los contratos forzosos o normados, plantean dos problemas; a saber, (i) determinar si es jurídicamente posible imponer a las partes la obligación de concordar sus voluntades, es decir si es válida una “obligación de querer”; y, (ii) si la legislación puede “vincular obligacionalmente” entre sí a dos o más personas o si ésta es una función propia del contrato.

En relación a la obligación legal de contratar o la “obligación de querer”, las tesis a favor sostienen que el contrato forzoso pertenece a un Derecho nuevo, caracterizado por sus profundas incursiones publicísticas. Se sostiene en este sentido, que estas figuras no pueden ser analizadas como si se tratara de contratos clásicos pero tampoco es posible negar su existencia, pues ello sería cerrar los ojos a una realidad creciente. Agregan que en efecto, se trata de una típica restricción de la libertad contractual pero que ella obedece a preceptos sociales que son más importantes que la autonomía privada. Según estas tesis, la libertad contractual, expresada en la iniciativa económica, puede ser limitada en razón de los intereses superiores de la utilidad social.

Las tesis en contra, sostienen por su parte que las obligaciones de contratar, son más bien imperativos del Derecho público antes que de contratos y que, como señaló Morel, el contrato forzoso es una “*monstruosité juridique*”. De la Puente, afirma en el mismo sentido que la obligación legal de contratar no es jurídicamente eficaz porque *“la obligación de contratar contiene una prestación de querer (llegar a un acuerdo de declaraciones de voluntad) que no es susceptible de imposición. Yo no puedo querer simplemente porque se me obliga a hacerlo”*<sup>123</sup> (subrayado agregado).

---

<sup>123</sup> DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la sección Primera del VII del Código Civil. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Primera Parte Tomo I; 3ª ed.; Lima; PUCP; p. 334

En relación al carácter contractual de la obligación de origen legal, las tesis a favor de su consideración como verdaderos contratos está liderada por López. Este autor señala que es necesario distinguir entre contrato como acto de constitución de la relación jurídica y la relación jurídica que se genera y que ambos constituyen verdaderos contratos, con unidades diversas. En apoyo a su tesis, recurre a la clasificación de fuentes de las obligaciones elaborada por Hernández quien reconoce como fuente de las obligaciones, la norma legal imponiendo consecuencias jurídicas estructuradas como obligaciones, sin subordinación a un presupuesto de voluntad.

Las tesis en contra, son más numerosas. Para Larenz se trata de un *“síntoma de la crisis continua en la vida que, con breves interrupciones, se encuentra sumida la vida social y económica”*<sup>124</sup>; para Tuhr, no existe necesidad de situar estas obligaciones como contractuales y que la persona que se crea postergada no puede demandar la celebración de un contrato sino la concesión de aquello que por ley le corresponde. De la Puente señala que la ley puede crear una relación jurídica patrimonial y puede imponer la obligación de contratar disponiendo que en caso no lo hicieran, la relación jurídica quedaría constituida por mandato de la ley pero en estos casos *“la relación jurídica patrimonial no surgiría de un contrato, sino directamente por mandato de la ley”*<sup>125</sup> (subrayado agregado). Y agrega que ello es así, debido a que el contrato es un acto jurídico y como tal, concluye en el momento mismo de su perfeccionamiento y lo que subsiste es no un acto jurídico sino un vínculo obligacional entre las partes y que, *“cuando la ley, como fuente legítima de las obligaciones (a la par que el contrato), crea una relación jurídica patrimonial ... lo que obliga a la persona que debe ejecutar la prestación...no es la ley sino la relación jurídica creada por ella”*<sup>126</sup> (subrayado agregado). Y agrega *“no es posible, pues, otorgar a la relación jurídica patrimonial el carácter de contrato... la relación jurídica patrimonial creada por una ley, si bien puede tener igual contenido que la creada por un contrato, no es una relación contractual sino una relación legal, no obstante lo cual ambas tienen igual carácter obligatorio”*<sup>127</sup> (subrayado agregado) y concluye señalando que *“considero que la relación jurídica patrimonial surge directamente de una norma legal no es un contrato forzoso ni, por lo tanto, vulnera el principio de la libertad de conclusión del contrato. Como corolario, habrá que llegar a la conclusión que el contrato forzoso no existe en ninguno de los dos casos contemplados, o sea ni como resultado de*

<sup>124</sup> Larenz citado por DE LA PUENTE, o.c., p. 337

<sup>125</sup> Ibid., p. 339

<sup>126</sup> Ibid., p. 340

<sup>127</sup> Ibid., p. 340

la obligación legal de contratar ni por razón de la relación establecida por mandato legal<sup>128</sup> (subrayado agregado).

Diez Picazo señala por su parte que “los llamados “contratos forzosos” no son, en realidad verdaderos contratos. Cuando no existe acuerdo de voluntades y la voluntad de una de las partes o de ambas se desconoce, aunque a pesar de ello nazca una relación jurídica similar o idéntica a la que deriva de un contrato –a lo que Savatier llama relación paracontractual y Durand relación extracontractual- existirá otra cosa pero de ninguna manera un contrato. A mi juicio se trata de hipótesis de constitución forzosa y heterónoma de relaciones jurídicas de derecho privado. La constitución forzosa puede resultar de un mandato legal, de un acto administrativo o de un decreto de los órganos jurisdiccionales del Estado. Puede hablarse por ello de una constitución legal, administrativa o judicial de relaciones jurídicas de derecho privado”<sup>129</sup> (subrayado agregado).

Pues bien, aún siguiendo las tesis que admiten la naturaleza contractual de los contratos forzosos, existe consenso en que se trata de una figura distinta a los contratos celebrados voluntariamente. Y es lógico que ese origen de lugar a consecuencias distintas de cualquier contrato voluntariamente concertado. Por ello, aún si se admitiera que los contratos de interconexión son contratos forzosos de naturaleza privada no queda claro cómo se solucionarían los problemas planteados inicialmente –tales como la interpretación de los contratos de interconexión, la disponibilidad o no de los derechos vinculados a la interconexión, la aplicación de condiciones de interconexión a operadores que no son parte del contrato o mandato, entre otros- pues, como se ha señalado, la interconexión ha sido calificada de interés público y social.

Por el contrario, siguiendo las tesis que se pronuncian en contra de la existencia del contrato forzoso –a las cuales nos adherimos-, podemos decir que la fuente de la relación jurídica de interconexión es la ley y no la autonomía de la voluntad y por ello, no se trata de un verdadero contrato de naturaleza civil.

### 3.5 Conclusión

Si como se ha visto (i) en el contrato de interconexión no existe verdadera autonomía de voluntad; (ii) la participación de sujetos privados no es sustancial

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*, p. 340

<sup>129</sup> DIEZ PICAZO. o.c., p. 103

para definir la relación como perteneciente al Derecho Privado; y, (iii) siguiendo las tesis que niegan la naturaleza contractual a los llamados contratos forzosos, la relación jurídica de interconexión surge de la ley y no de la voluntad de las partes; no puede afirmarse que el contrato de interconexión sea un verdadero contrato civil de naturaleza privada

Y ello tiene sentido si se considera que, como señala Hernández<sup>130</sup>, *“la uniformidad del significado del contrato se ha roto”*, pues bajo esa expresión se albergan contenidos completamente distintos<sup>131</sup>. Muchos de esos contenidos se caracterizan, no por la primacía de la autonomía de voluntad sino mas bien por la legislación emitida por el Estado con carácter imperativo para regular cada relación jurídica concreta. No obstante, por razones prácticas, dichas relaciones se denominan “contratos” y en muchos casos se recurre a técnicas propias de esa institución. Y eso es precisamente lo que ocurre con el “acuerdo de interconexión” o “contrato de interconexión”, en el que si bien se utiliza esa denominación y se recurre a una técnica propia de los contratos como es la negociación, la relación jurídica no está marcada ni sustentada en la autonomía de voluntad sino por la legislación particular emitida por el Estado.

---

<sup>130</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Obras Completas Tomo III Derecho de Obligaciones. Madrid; Espasa-Calpe 1998; p.168

<sup>131</sup> Para este autor, la ruptura se refleja en el plano normativo *“no ciertamente en la ordenación del Código civil, plenamente presidida por la idea de uniformidad; pero si en la amplia zona de la llamada legislación especial que progresivamente va incorporando a su regulación un contingente más extenso de relaciones de convivencia...Las diferencias no proceden, como antes de la diversa realidad material aprehendida en cada contrato, que era compatible con un tratamiento jurídico sustancialmente análogo y orientado hacia iguales fines, sino que conciernen intrínsecamente a la propia ordenación jurídica”*. *Ibid.*, p.168. La consecuencia de ello es que tenemos un régimen contractual que ha quedado desbordado y en el que la *“la zona contractual aparece dividida en dos sectores: uno en el que predomina la voluntad sobre la norma o, dicho de otro modo, la norma se traduce en una concesión de libertad dentro de ciertos límites; y otro en el que la norma se sobrepone a la voluntad... (con una legislación) eminentemente especificativa; la ley (directamente o desarrollada a través de disposiciones de rango inferior) penetra cada vez más profunda y detalladamente en la ordenación de la convivencia... con estatutos jurídicos por demás minuciosos que comprenden la contratación sobre los mismos.”* *Ibid.*, p.168



## CAPITULO IV

### La interconexión como relación jurídica de Derecho Administrativo

#### 4.1 Elementos que indican que la interconexión es una relación jurídica perteneciente al Derecho Administrativo

Cuando se alude a los tipos de relaciones jurídicas, se hace referencia al ámbito de derecho a que pertenece la relación jurídica. Como señala Reale<sup>132</sup>, *“la caracterización de una relación dependerá de la norma aplicable al tipo de relación de que se trate y de la naturaleza del hecho social en sí y del fin perseguido al realizar el acto”* (subrayado agregado).

Partiendo de este concepto, podemos afirmar que las normas aplicables a la interconexión no son las del Derecho Civil, sino las normas de carácter sectorial – la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento y la normativa emitida por el MTC y el OSIPTEL en cumplimiento de sus funciones-; la naturaleza de la interconexión, ha sido definida por la Ley de Telecomunicaciones como de interés público y social, y el fin perseguido es lograr la competencia en el sector, por lo que se trata de una finalidad que desde la perspectiva de este modelo, permitirá servir mejor el interés público.

Ahora bien, para establecer el ámbito al que pertenece la interconexión, es necesario previamente distinguir entre el Derecho Privado y el Derecho Público, pues es la forma de ubicarla en alguno de ellos.

Como se sabe, no hay acuerdo para distinguir el Derecho Privado del Público, uno de los criterios, es sin embargo, el que se refiere a la diversidad de estructura de

---

<sup>132</sup> REALE, o.c. p. 178

las relaciones jurídicas reguladas y los intereses que cada uno tutela. En ese sentido, se afirma que el Derecho Público *“es el que asume, como objeto de lo que estatuye, la disciplina de los intereses generales...”*<sup>133</sup> (subrayado agregado) mientras que el Derecho Privado regula intereses particulares aunque informado de criterios de solidaridad. Atendiendo a que la interconexión incluso se ha definido como un asunto de interés público, podemos decir que se encuentra en el ámbito del Derecho Público.

Si la interconexión es un asunto de derecho público, cabe preguntarse, cuál es la naturaleza del denominado “contrato” de interconexión.

Una relación jurídica será de derecho privado cuando surge por interés de los sujetos que intervienen en ella y normalmente se produce a partir de negocios jurídicos. En estos casos *“la obligación es resultado directo de la voluntad manifestada o exteriorizada, siendo inseparable de la misma. Desde el momento en que haya manifestación de voluntad por parte de quien esté legitimado para hacerlo, se constituye el negocio jurídico cuyo contenido solo indirectamente resulta de la ley”* (subrayado agregado). Luego del análisis realizado en el capítulo anterior, es evidente que esa obligación no surge como resultado directo de la voluntad manifestada o exteriorizada –pues ésta no se produce en la realidad- ni es inseparable de la misma. En efecto, es posible separar la obligación de interconexión con la manifestación de voluntad. Si no hubiera manifestación de voluntad –como ocurre en todos los supuestos en que debe emitirse un mandato- la obligación de interconectarse se mantiene por imperio de la ley y de hecho se concreta a través de un mandato de la autoridad. Por tanto, cuando se suscribe un contrato de interconexión, la obligación surge sólo “indirectamente” como consecuencia de la autonomía de voluntad.

Otro elemento que permite establecer si el llamado contrato de interconexión es o no un verdadero contrato, es apelar al grado de importancia de la autonomía de voluntad en el momento de celebrar un contrato. Ello porque como señala De Castro y Bravo, como consecuencia del creciente intervencionismo del Estado, *“son las reglas contenidas en la declaración de voluntad las que dan su tono específico a la relación negocial y la distinguen de las relaciones impuestas y nacidas directamente de la ley”*<sup>134</sup> (subrayado agregado). En la medida que las normas imperativas de la conducta de las partes sea mínima o menor en relación a las normas dispositivas, podremos afirmar que en efecto, estamos ante un verdadero contrato de naturaleza civil, pues el ámbito de la voluntad de los

<sup>133</sup> MESSINEO. Tomo I. o.c. pp. 54 - 55

<sup>134</sup> DE CASTRO. o.c., p. 35

contratantes es mayor. Por el contrario, si la relación jurídica se rige principalmente por normas imperativas, dejando un mínimo margen a la autonomía de la voluntad, no puede afirmarse que se trate de un contrato privado. Como se ha revisado en el capítulo precedente, no es posible afirmar que en el caso del contrato de interconexión exista en efecto un verdadero contrato pues los elementos fundamentales del contrato están previamente establecidos por la ley e inclusive en aquellos aspectos secundarios, el regulador puede intervenir con la finalidad de suplir e incluso modificar la declaración de voluntad de las partes. En consecuencia, atendiendo al contenido del contrato de interconexión, no puede decirse que su naturaleza sea la de un verdadero contrato.

El hecho que el llamado contrato de interconexión no sea un contrato civil y que no provenga de la voluntad de los contratantes no es un aspecto extraño al Derecho. Ello no sólo porque como hemos señalado hoy en día no existe uniformidad en el término “contrato” sino principalmente porque el Estado es capaz de crear relaciones obligatorias. En efecto, *“el Estado, basándose como es obvio, en los datos que presenta el proceso social, instaura modelos jurídicos que condicionan y orientan la constitución de las relaciones jurídicas. De esta forma, no es raro que sea el ordenamiento jurídico quien constituya determinadas relaciones jurídicas como acontece por ejemplo con las relaciones fiscales, pues es evidente que si existen relaciones entre el Fisco y los contribuyentes es debido a que las leyes establecen tales relaciones...”*<sup>135</sup> (subrayado agregado). Y en el caso de la interconexión, esa intervención estatal es particularmente reveladora, pues ha surgido cuando el proceso social exigía una regulación especial –un modelo jurídico- que preveía la imposición de la interconexión para lograr la competencia en el sector, con la finalidad de garantizar la universalidad de los servicios de telecomunicaciones. En consecuencia, tanto la relación jurídica de interconexión surgida como consecuencia de un “contrato” de interconexión, como el propio contrato –como acto- es de Derecho Público.

Habiendo establecido que el llamado contrato de interconexión pertenece al Derecho Público, es necesario precisar el ámbito del Derecho Público en que se encuentra.

Como se sabe, el Derecho Administrativo, es un derecho estatutario referido a un tipo determinado de sujetos que son las Administraciones Públicas. Eso quiere decir que para que exista una relación jurídico administrativa es preciso que al menos, una de las partes en relación sea una Administración Pública. Ahora bien, la Administración Pública, no gestiona por sí misma todos los servicios públicos de

---

<sup>135</sup> REALE, o.c. p. 172

que es titular. Por el contrario, bajo el régimen de concesiones, la Administración retuvo la titularidad última del servicio concedido y con ella las potestades de policía necesarias. No obstante, en algunas circunstancias, dichas potestades de policía fueron también delegadas para que los concesionarios las utilizaran frente a los usuarios, dando lugar a “verdaderos actos administrativos en la medida en que el concesionario actúa en lugar de la Administración Pública como delegado suyo”<sup>137</sup> (subrayado agregado).

El fenómeno de la delegación ocurre también fuera del campo de la concesión de servicios públicos y puede ocurrir respecto de otra Administración Pública o incluso a favor de un simple sujeto privado quien actúa como si fuera la propia Administración delegante. “Dentro de este concreto ámbito, las relaciones jurídicas que se traben entre los particulares y el delegado serán, también, administrativas, aunque este último sea formalmente un ente privado...”<sup>138</sup> (subrayado agregado). La delegación permite, entonces, que un sujeto privado origine relaciones de Derecho Administrativo, ampliando con ello el concepto de Administración Pública y rompiendo el concepto tradicional de la participación exclusiva de una entidad estatal para dar lugar a una relación de esta naturaleza.

Esta concepción ha sido recogida también por nuestra legislación, pues como se ha señalado, el artículo I de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General establece que “La presente ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública: (...) 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.” (subrayado agregado). Con ello, el ámbito de aplicación del Derecho Administrativo, trasciende a las entidades exclusivamente públicas y se extiende a ciertas entidades privadas.

El fenómeno de la delegación y la disposición antes citada, es aplicable al caso de las telecomunicaciones y en particular de la interconexión, pues los sujetos respecto de los que la interconexión es obligatoria, actúan en el régimen de concesiones y prestan servicios clasificados como públicos en la Ley de Telecomunicaciones<sup>139</sup>. En consecuencia, si bien los sujetos que intervienen en

<sup>137</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo Tomo I; o.c., p. 39

<sup>138</sup> *Ibíd.*, p. 39

<sup>139</sup> El artículo 9 de la Ley de Telecomunicaciones establece que los servicios de telecomunicaciones se clasifican en públicos y privados. El artículo 20 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, establece que “son servicios públicos aquellos cuyo uso está a disposición

una relación de interconexión son privados, la relación jurídica que originan puede ser de naturaleza pública y más propiamente administrativa.

Puede decirse entonces que, cuando la relación está referida a intereses generales y en ésta participan sujetos que actúan en virtud a una delegación de la Administración como es el caso de la concesión, la relación que surge es de Derecho Público y más propiamente de Derecho Administrativo. Y, como se ha visto, ese el caso de la interconexión, pues, se trata de una relación que trasciende el interés privado - calificada expresamente como de interés público- y además, los operadores de los servicios actúan en mérito a la concesión otorgada por el Estado, produciéndose el fenómeno de la delegación a que se refiere la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que la interconexión se produce respecto de determinados bienes –las instalaciones esenciales- que aún cuando tienen un titular, éste no puede ejercer la facultad de exclusión<sup>140</sup> que tiene cualquier otro propietario, pues precisamente son bienes destinados a ser compartidos por todos los operadores. Ello hace que el derecho de propiedad que se ejerce respecto de las instalaciones esenciales tenga características distintas de cualquier otro bien sujeto a propiedad privada y por lo mismo no puede decirse que la interconexión recaiga sobre bienes privados, en el sentido estricto del término. Incluso se ha llegado a afirmar que se trata de bienes públicos, pues *“el concepto de red pública, en cuanto infraestructura necesaria a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, ha de entenderse no sólo en razón a la naturaleza del titular –persona pública en cualquiera de sus acepciones de las admitidas por el ordenamiento jurídico administrativo- sino en el criterio más amplio de su destinatario”*<sup>141</sup>. Los bienes sobre los que recae la interconexión no son pues, bienes privados en el sentido estricto del término, sino mas bien tienen características de bienes públicos.

Por otro lado, de conformidad con la Ley de Telecomunicaciones, las controversias que surjan entre los operadores de telecomunicaciones referidos a la interconexión son resueltas en la vía administrativa. Igualmente, de conformidad

---

*del público en general a cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de oferta técnica que ofrecen los operadores. Los servicios portadores son necesariamente públicos. Los teleservicios, los servicios de difusión y los de valor añadido pueden ser públicos.”*

<sup>140</sup> La facultad de exclusión es la “que permite al titular prevenir, impedir o poner remedio a las intromisiones o perturbaciones causadas por personas extrañas en el goce, en la utilización o en la directa satisfacción del interés.” DIEZ PICAZO, Volumen II; o.c., p. 692

<sup>141</sup> CHILLÓN MEDINA. o.c., p. 116

con el artículo 51 del Reglamento de Interconexión, las diferencias surgidas entre las partes respecto del contrato de interconexión que hubieren suscrito, se someten al procedimiento de solución de controversias de OSIPTEL. Dicha vía administrativa es, de conformidad con el artículo 81 de la Ley de Telecomunicaciones, obligatoria para las partes. Y el mecanismo de solución de controversias es importante, debido a que, como señala Bermejo<sup>142</sup> desde un inicio, la vía utilizada para la solución de conflictos es indicativa de la pertenencia de la institución al Derecho Administrativo. En consecuencia, la vía por la que se resuelven las controversias referidas a asuntos de interconexión es indicativa que la relación de interconexión es de naturaleza administrativa.

Finalmente, la relación de interconexión está regulada por normas de carácter imperativo, las mismas que han sido calificadas expresamente como de orden público<sup>143</sup>. Como se ha revisado, dichas normas están referidas a casi todos los aspectos de la interconexión, dejándose a la libre negociación de las partes únicamente aquellos aspectos que son conocidos más por éstas que por el regulador.

Puede decirse entonces que, atendiendo a los sujetos que intervienen en la relación de interconexión, a los bienes u objetos que se interconectan, a la vía utilizada para la solución de controversias y a la normativa de orden público que rodea la relación de interconexión, ésta tiene naturaleza administrativa.

#### 4.2 La regulación como técnica administrativa

Habiendo concluido que la relación de interconexión y el denominado contrato de interconexión tienen naturaleza administrativa, conviene advertir que dicha relación no se ajusta a las características de instituciones típicas del derecho administrativo tales como los actos o contratos administrativos. Ello es así debido a que se trata de una figura propia de la regulación económica que, como consecuencia de las reformas a que nos hemos referido en el capítulo I, ha sido adoptada por los países que prestaban sus servicios en el régimen del servicio público y que es propia del sistema norteamericano.

---

<sup>142</sup> BERMEJO, o.c., pp. 53 ss.

<sup>143</sup> Artículo 72 de la Ley de Telecomunicaciones

Como es natural, la regulación de las condiciones técnicas, económicas o sociales en las que debían ser prestadas ciertas actividades –tales como la provisión de agua, energía eléctrica o agua potable- era ajena a la empresa pública, pues el poder político decidía lo que había que hacer en cada momento. “*Lo que legitimaba la decisión no era la “potestad” (pública) derivada de la norma, sino la “propiedad (privada) de la empresa”*”<sup>144</sup>. Una vez modificada la titularidad de las empresas públicas, el Estado se vio obligado a intervenir en la actividad económica emitiendo normas que se conocen como regulación.

La regulación, puede definirse como “*una de las funciones esenciales del Estado subsidiario que se configura básicamente...como una típica emanación del poder de policía. Mediante ello se comprime el ámbito de la libertad económica a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos...con los intereses de la comunidad...*”<sup>145</sup> (subrayado agregado). Se trata del “*control habitual enfocado sobre actividades importantes para la comunidad, efectuado por una entidad pública*”<sup>146</sup>, tratándose entonces de una forma de actuación que cae en el ámbito del Derecho Administrativo. La regulación tiene raíces político-económicas que se explican en la tensión existente entre el mercado y el interés público<sup>147</sup>. Como se sabe, en el mercado “*se parte de la base de la libertad con restricciones muy limitadas para perseguir el propio interés...* [mientras que para proteger el interés público] *el Estado trata de fomentar comportamientos que teóricamente no tendrían lugar sin intervención. En este contexto la regulación es una directiva cuyo predicado es la protección del interés público a través de normas de Derecho Público, que el Estado aplica en forma coercitiva e interesada*”<sup>148</sup> (subrayado agregado).

<sup>144</sup> ARIÑO. Economía y Estado o.c., p. 259

<sup>145</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. 7ª ed.; Buenos Aires; Abeledo Perrot 2002; p. 377.

<sup>146</sup> SOLANES o.c., p. 7

<sup>147</sup> La idea de regular las actividades económicas no es exclusiva del sistema norteamericano, pues después de la Primera Guerra Mundial, se planteó en Alemania el “Derecho Económico” como disciplina ordenadora del mercado cuyo fin era la ordenación jurídica del sector económico y que se expresó en el control de la moneda, la intervención de industrias con fines militares, el racionamiento de mercancías, entre otras. Este Derecho, que surgió en principio con carácter transitorio, fue haciéndose permanente como consecuencia de la intervención pública en la actividad económica. El Derecho Económico se define como “*el conjunto de preceptos y de normas que regulan jurídicamente la realidad económica; o... simplemente el Derecho de la Economía “latu sensu”*”. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. Derecho Administrativo Económico. Tomo I. Madrid. La Ley 1991; p.25

<sup>148</sup> SOLANES; o.c., p.7

Esta desviación del principio del control privado de las decisiones económicas, se justifica en el hecho que el mercado ha fallado en proteger o representar a los consumidores u otros fines públicos de manera adecuada, siendo necesario que dicho interés sea protegido a través del control público. En otras palabras, la regulación estatal sustituye los elementos de responsabilidad que son dejados de lado por los mercados. Manteniendo la regulación dentro de un molde legal, la asignación legal en industrias reguladas, también asegura que tanto el interés público y el interés privado queden protegidos.

La regulación, pretende pues, equilibrar los intereses del mercado, donde la ley es facilitadora y no imperativa –aún cuando existen normas imperativas que permiten la vigencia del sistema, tales como la propiedad, normas procesales, etc.- y los objetivos de interés público, en los que se pretende satisfacer el interés colectivo. Ese interés es, sin embargo, de naturaleza cambiante, según el tiempo, lugar y circunstancias, lo que explica también la naturaleza cambiante de la regulación, tanto en su alcance, es decir más o menos profunda, como en las medidas que puede imponer para lograr los objetivos que se traza en cada momento. En general, puede decirse que el objetivo explícito de las decisiones regulatorias es asegurar precios justos, servicio razonable, calidad adecuada o cualquier objetivo particular que el esquema regulatorio esté destinado a servir. Ello no quiere decir, sin embargo, que la regulación actúe contra las reglas del mercado. Por el contrario, debe equilibrar las necesidades públicas con la necesidad de asegurar un clima de inversión que permita a la entidad regulada atraer capital a tasas razonables de retorno y ganancias también razonables, pues de otro modo, los consumidores asumirán rápidamente las consecuencias del déficit de capital o de ingresos.

A diferencia de la regulación penal que se limita a establecer ciertas consecuencias jurídicas para determinados supuestos o imponer sanciones a determinadas conductas, la regulación económica es más directa y específica, pues, en mayor o menor medida, se aplica como sustituto explícito de los negocios o del mercado. Cuando la regulación es menos fuerte o comprehensiva, la agencia reguladora establece anticipadamente los requerimientos particulares que las empresas deben seguir si quieren evitar consecuencias civiles o penales. No obstante, las reglas emitidas por los organismos reguladores son en su mayoría prescriptivas e identifican lo que la industria puede y debe hacer.

Y la intervención de la regulación en la actividad de los negocios privados incluye a personas que están fuera de esa relación de negocios. Por ejemplo, en el proceso del diseño de las reglas que regirán la operación de un determinado



negocio, ni el propietario o administrador del negocio ni sus clientes participan en la decisión, pero son “afectados” directamente por ella. Igual ocurre con los métodos de controles de precios o fijación de precios topes en los cuales la autoridad determina los ingresos máximos que el regulado puede percibir, sin que los administradores, gerentes o socios de las compañías manifiesten de modo previo o posterior su aceptación a las medidas regulatorias.

La regulación económica puede ser una combinación entre medidas y reglas de control. No obstante, dado que la regulación no puede cubrir todos los supuestos que pueden ocurrir en el desarrollo de la actividad regulada, la confianza debe ponerse en las fuerzas competitivas dentro de los márgenes impuestos por el Estado y entonces, *“en lugar de esa obsesiva idea de control -siempre a posteriori- de las inversiones y de los costes, a efectos de su reconocimiento o no en tarifa, una regulación conforme al mercado tratará de ofrecer incentivos que empujen a las empresas a operar más eficientemente, obteniendo así una mayor cuota de mercado o un mayor beneficio*<sup>149</sup>. Ello incide además, en la reducción de costos de regulación, pues los particulares, a partir de las normas generales emitidas por el Estado, tienen la disposición de hacer lo que el Estado quiere, sin necesidad de una intervención directa.

La introducción de la regulación en el sector telecomunicaciones y en otras industrias en las que existen redes o se basan en redes, tiene como objetivo fundamental introducir competencia, permitiendo y facilitando el ingreso de los operadores a los segmentos de mercado que mantienen características monopólicas. Permitiendo el acceso al sector monopólico o que califica de instalación esencial, se puede lograr la competencia.

Como puede verse, la regulación es una característica fundamental del Estado subsidiario, se trata de una típica emanación del poder de policía, que, comprimiendo el ámbito de la libertad personal, pretende lograr intereses generales a través de normas de Derecho Público, por lo que puede afirmarse su pertenencia al Derecho Administrativo. Es más, la bibliografía más reciente incorpora el capítulo de la regulación, como parte del Derecho Administrativo.

La regulación económica, es pues, una nueva modalidad de intervención administrativa que persigue objetivos de interés público, teniendo en cuenta las consecuencias económicas de tales decisiones y su influencia en el mercado en general. Por ello, la regulación pretende alcanzar a través de la actuación de los

---

<sup>149</sup> ARIÑO Economía y Estado o.c., pp.272-273.

particulares, que también obtienen beneficios, objetivos de interés público que son de beneficio general<sup>150</sup>.

Un acápite de la regulación, es precisamente la regulación de instalaciones esenciales –dentro de la que se encuentra la interconexión-, que se caracteriza porque el regulador define específicamente quién puede entrar al negocio, qué servicio debe proveer, los precios que legalmente debe cobrar y qué inversiones deben incluirse en su precio. Como es natural, todas estas decisiones influirán decisivamente en la actividad del regulado, sin que éste haya manifestado su consentimiento a tales medidas. Y la interconexión forma parte de la regulación, pues se trata de una medida impuesta a los particulares, respetando su condición de sujetos de Derecho Privado y que pretende lograr objetivos de interés público. Para ello, el Estado, establece los supuestos y mecanismos de interconexión, procurando que los mismos sean eficientes. Es decir, procurando que los particulares hagan voluntariamente –concretar los términos de la interconexión a través de la negociación, por ejemplo- lo que el Estado quiere –lograr la interconectividad de los servicios de telecomunicaciones para permitir la competencia- y que tiene facultades para imponer directamente –emitir mandatos de interconexión-, con la finalidad de reducir los costos de regulación.

A diferencia de cualquier norma de carácter administrativo, en la interconexión, para que la norma se cumpla debe necesariamente concurrir la voluntad de más de un sujeto. En efecto, las obligaciones tributarias por ejemplo, deben ser cumplidas de manera individual por cada destinatario de la norma y entonces basta la voluntad de cada contribuyente para cumplirla o no y cada uno asumirá las consecuencias de su negativa sin que otro contribuyente se vea afectado directamente con su incumplimiento. No obstante, es claro que el hecho de cumplir con el pago de una obligación tributaria de manera voluntaria, no convierte a la obligación tributaria en una de naturaleza contractual o privada. Se trata simplemente del cumplimiento de una obligación con la finalidad de evitar determinadas consecuencias tales como la imposición de multas u otras sanciones administrativas.

Por el contrario, para que la obligación de interconexión, -impuesta de modo general para todos los operadores, se cumpla de manera voluntaria –como pretende la regulación- es necesario que por lo menos dos sujetos de derecho manifiesten su consentimiento de modo concurrente. Si uno de los operadores se

---

<sup>150</sup> Para un análisis más profundo a cerca de las características y objetivos de la regulación económica ver ARIÑO ORTIZ Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Ariño y Asociados – ARA; Lima; 2004 p.613 y siguientes

niega a cumplir la norma, además de las consecuencias administrativas que debe asumir por su incumplimiento, afecta directamente a otro operador. Al igual que la obligación tributaria, el consentimiento –en este caso concurrente de por lo menos dos sujetos- de cumplir la norma no implica que la obligación se transforme en una de naturaleza contractual o privada. No obstante, dado que la concurrencia de voluntades ha sido siempre indicativa de la existencia de un contrato, es muy fácil confundir la concurrencia de voluntades que se produce para cumplir la imposición administrativa de la interconexión con la concurrencia de voluntades para la celebración de un contrato.

En la interconexión, pues, es necesario que existan por lo menos dos sujetos de derecho dispuestos a cumplir determinada norma y para ello, deben manifestar su voluntad de manera concurrente, sin que ello implique la existencia de una relación jurídica de naturaleza privada. Dado que la norma que se cumple es de carácter administrativo, la relación jurídica será también administrativa. Y esa característica es fundamental debido a que es la que la diferencia de cualquier otra obligación administrativa que debe ser cumplida por un solo sujeto.

#### 4.3 Consecuencias de que la Interconexión sea una medida regulatoria

Las consecuencias de ubicar a la interconexión en el campo de la regulación son muchas y muy importantes. Ello porque como se ha visto, la ubicación en cierto ámbito del Derecho, marca la pauta del Derecho aplicable en cada caso concreto.

García de Enterría<sup>151</sup> señala en ese sentido, que el Derecho Administrativo, es un Derecho común de las administraciones públicas y que, a diferencia de otros derechos especiales *“cuando en él hay una laguna, ésta se integra con sus propios principios sin necesidad de acudir a otros Derechos... [Ello implica que el] ordenamiento administrativo es capaz de autointegrar sus propias lagunas sobre la base de sus mismos principios generales, sin perjuicio de que estos principios remitan con frecuencia a los criterios jurídicos generales formulados o desarrollados en el Derecho Civil” (subrayado agregado)<sup>152</sup>. Para ello, es necesario tener en cuenta que el derecho Administrativo, siendo un Derecho común, no está formado solamente por normas positivas sino también por principios generales.*

<sup>151</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo Tomo I; o.c., p. 38

<sup>152</sup> Ibid., p.38

Ahora bien, dicha afirmación marca la pauta de la aplicación de normas para el caso de la interconexión. Como se ha señalado, la interconexión es una medida regulatoria, propia del nuevo Derecho Administrativo, y entonces para integrar las lagunas que se presenten en cada caso concreto e incluso para modificar o implementar nuevas normas relativas a ella, deberá recurrirse en primer lugar a los principios y postulados de la regulación económica y luego, a los principios del Derecho Administrativo. Y la regulación económica debe aplicarse en primer lugar debido a que tiene principios orientadores distintos del Derecho Administrativo tradicional tales como los criterios de eficiencia económica, impacto de las decisiones regulatorias en el mercado, entre otros. El Derecho Administrativo aportará a su vez, los criterios de interés público, los principios que rigen la actuación administrativa, que son complementarios a los primeros.

Cabe preguntarse sin embargo, cómo se armoniza la aplicación del Derecho Administrativo con el hecho que los sujetos de la interconexión sean privados – aunque actúen por delegación de la Administración- y el uso de técnicas propias del derecho privado -como la negociación, el contrato, etc., así como la existencia de aspectos mercantiles tales como la cobranza de cargos entre operadores, políticas de descuentos, los aspectos procesales derivados de los conflictos entre las partes, entre otros. Ello porque la presencia de estos elementos propios de otros Derechos hace que en una relación de interconexión sea muy complicado establecer el límite de cuándo se aplica el Derecho Privado –sea el Derecho Civil o Mercantil – y cuándo el Derecho Administrativo.

La doctrina administrativa ya solucionó este problema con ocasión del uso de mecanismos privados por parte de la Administración que se produjo, por ejemplo, en la creación de empresas públicas con formas societarias privadas. En estos casos, se señaló que en el Derecho Administrativo existen otros Derechos generales tales como el Derecho Penal, el Derecho Procesal o el Derecho Civil que regulan materias que son también propias del Derecho Administrativo. En estos casos se habla de “zonas de fricción”, que si fueran representadas como *“dos círculos el conflicto aparecería localizado en la zona secante en que ambos se entrecruzan, concretamente, en una parte del Derecho de la organización y en el Derecho Patrimonial. Fuera de esa zona común, en los ámbitos propios de cada uno de ellos, rige pacíficamente uno u otro Derecho”*<sup>153</sup>. Siguiendo esta doctrina, puede decirse que en el caso de la interconexión, dichas zonas de fricción también existen y que pueden ser particularmente difíciles de tratar debido a que la interconexión no se produce respecto de una entidad de Derecho Público, sino

---

<sup>153</sup> Ibid., p. 47

respecto de particulares que por su naturaleza utilizan mecanismos de Derecho Privado.

La doctrina señala que en esas zonas de fricción, *“las formas del Derecho Privado se han objetivado y constituido en técnicas independientes que pueden utilizarse de una manera puramente instrumental por los entes públicos. Este carácter instrumental de la utilización por la Administración de formas y técnicas privadas se pone de relieve por el hecho de que siempre encontramos en el fondo de dicha utilización un núcleo público, una previa decisión de carácter público... La eventual utilización de formas privadas es, pues, un arbitrio puramente instrumental, práctico”<sup>154</sup> (subrayado agregado).*

Resulta entonces que aún cuando los sujetos que intervienen en la interconexión son privados, el uso de técnicas propias del Derecho Privado es meramente instrumental. Y ello tiene sentido si se considera que, por ejemplo, la negociación y el contrato suscrito por las partes, es una forma de dar cumplimiento a una norma imperativa –que como se ha señalado requiere de por lo menos dos partes para su cumplimiento- y no responde necesariamente a la autonomía de la voluntad de una de ellas o de ambas. Igual ocurre con aquellos aspectos mercantiles o procesales que surjan durante la vigencia de una relación de interconexión, pues todo su desarrollo responde a la existencia de una norma imperativa previa y que tiene una regulación distinta de los actos jurídicos que puedan celebrar dichas empresas.

Según la doctrina citada, en la interconexión existen zonas de fricción en las que el uso de técnicas, mecanismos e incluso normas de Derecho Privado es puramente instrumental frente al núcleo o esencia de la institución que es de carácter administrativo y más propiamente de regulación económica.

En consecuencia, en la aplicación concreta de las normas se debe tomar en cuenta dicha utilización instrumental y el núcleo público de la interconexión, teniendo presente que todas las normas están orientadas a lograr el principio de unidad funcional de red o convergencia de servicios de telecomunicaciones, de modo que los usuarios completen sus comunicaciones -sin importar cuál es el operador al que está suscrito- en las mejores condiciones de calidad y precio posibles y garantizando su derecho a elegir a su proveedor del servicio.

Y dado que los usuarios (i) no tienen ningún papel protagónico en la interconexión –pues no son “parte” del acuerdo o contrato de interconexión-; (ii) no es posible

---

<sup>154</sup> Ibid., p 47

que tengan una intervención directa porque los costos de transacción para permitir que todos los usuarios se unan para vigilar sus derechos son altos; (iii) si intervienen a través de asociaciones de consumidores por ejemplo, éstas no siempre son lo suficientemente representativas de la voluntad de la mayoría de los usuarios sino de unos pocos; el interés protegido por la regulación es el de los usuarios. Son pues, los intereses de los usuarios, los que se deben proteger con la regulación de la interconexión.

Ello implica que todas las cuestiones de interconexión se interpreten y manejen según el interés de los usuarios y no usuarios del servicio y no según la voluntad de alguno de los agentes del mercado ya sea el operador establecido o los entrantes. Ello porque, éstos además de disponer de medios de todo tipo para lograr sus propios objetivos empresariales o personales, ya tienen la regulación general para hacer respetar sus derechos, la regulación de competencia para protegerse de prácticas anticompetitivas y tienen la capacidad de poner en funcionamiento cualquier órgano o institución del Estado e interponer el recurso jurídico para tutelar sus fines e intereses. Los operadores del mercado no requieren de un órgano adicional o de una regulación especial que los proteja.

La interconexión debe ser pues tratada con arreglo al interés del usuario y ello tiene, como ocurre en el ámbito contractual con la autonomía de voluntad, importantes consecuencias prácticas que trataremos de ubicar en lo sucesivo.

#### **4.3.1 Las relaciones de interconexión no se diferencian en razón de su origen**

Como se ha señalado, la relación de interconexión puede tener su origen en un acuerdo o contrato suscrito por las partes involucradas o en una decisión regulatoria o un mandato de interconexión emitido por la autoridad. Esta diversidad de origen podría llevar a concluir que la forma en la que surgió la relación jurídica marca un trato diferenciado para solucionar los diversos aspectos que se producirán durante la vida de la misma.

No obstante, ello no es así, debido a que ambas formas son meros instrumentos utilizados por la administración para lograr el objetivo regulatorio de lograr la interconexión y con ello, la interoperatividad de los servicios de telecomunicaciones que haga posible la competencia. En ese sentido, el acuerdo

o contrato entre las partes, responde únicamente a un principio de eficiencia según el cual, los particulares deben hacer voluntariamente aquello que el regulador pretende y que está en capacidad de imponer.

Esta afirmación se sustenta en el caso peruano, en el hecho que tanto la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y el Reglamento de Interconexión se aplican en general, a la relación jurídica de interconexión, sin distinguir el origen de dicha relación. En ese sentido, el artículo 1 del Reglamento de Interconexión, establece expresamente que *“la presente Norma define los conceptos básicos de la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, y establece las normas técnicas, económicas y legales a las cuales deberán sujetarse: a) los contratos de interconexión que se celebren entre operadores de servicios públicos de telecomunicaciones; y b) los pronunciamientos sobre interconexión que emita OSIPTEL.”* (subrayado agregado).

Además, otorgar un tratamiento distinto a las relaciones de interconexión, atendiendo a su origen, implicaría una trasgresión al principio de no discriminación, según el cual, las condiciones de interconexión no deben discriminar indebidamente a operadores. Si un operador recibiera un trato diferenciado únicamente porque logró suscribir un acuerdo de interconexión, y si dichas condiciones fueran mejores a quien logró la interconexión a través del mandato, se generaría el incentivo perverso de empujar a los operadores a lograr acuerdos de interconexión, procurando evitar la intervención del regulador. Por el contrario, si quienes concretaron la interconexión como consecuencia de un mandato tuvieran condiciones más favorables durante la vigencia de su relación jurídica, entonces se incentivaría a dejar de lado las negociaciones para esperar que el regulador emita los mandatos, generando con ello un incremento en los costos de regulación y seguramente, ante un mayor número de mandatos por emitir se generaría mayor demora para que el regulador emita los mandatos. En ambos casos el efecto es retardar el ingreso de los competidores al mercado y por tanto, se perjudicaría a los operadores entrantes y el interés del usuario, perjudicando con ello el interés general. Y atendiendo a la necesidad de reducir los costos de regulación, la actuación del regulador debe permitir, facilitar, y en general incentivar, a que sean los propios operadores los que se pongan de acuerdo en las condiciones de interconexión. Es decir que la actividad de los particulares, se acerque más a los objetivos de interés público que pretende lograr. De otro modo, la intervención del Estado resultaría contraproducente pues, siendo más oneroso para el Estado, se afectaría a los propios usuarios a los que

se pretende proteger, pues son éstos los que financian la actividad regulatoria de Estado y quienes asumen finalmente dichos costos.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que el Derecho soluciona de manera uniforme situaciones equivalentes y no es lógico que ese principio general se quiebre como consecuencia del distinto origen de la interconexión. Por ello, la forma en que se concretó legalmente la interconexión –como consecuencia de la negociación o como consecuencia de un mandato o acto administrativo- no puede determinar consecuencias tan distintas para una realidad que es única.

#### **4.3.2 No es posible distinguir aspectos “privados” de aspectos “públicos” en una situación de interconexión**

Como se aludió en varios procedimientos administrativos, se ha invocado con cierta frecuencia que en la interconexión, existen ciertas materias que son de orden público y otras que son únicamente del interés de los operadores.

Si asumimos que la interconexión forma parte de la regulación, resulta lógico que instituciones tanto del derecho civil y mercantil cuanto del derecho público converjan en la interconexión. Y la solución de cada caso concreto no pasa por determinar cuál es el límite entre uno y otro Derecho y aplicar a cada segmento una solución distinta. Por el contrario, se trata de tener en cuenta que todos los aspectos de la interconexión son una consecuencia de la obligación legal de la interconexión y cada uno de los aspectos, por más apariencia que tengan de “interés particular” de los operadores, inciden en los costos que finalmente pagará el usuario por los servicios de telecomunicaciones.

En efecto, el hecho que por ejemplo, una empresa no cumpla con pagar los cargos de interconexión a otra, incidirá de una u otra forma en la tarifa que los consumidores pagarán por sus comunicaciones, pues no es pensable que los costos que genera dicho incumplimiento sean absorbidos por las empresas. Tarde o temprano, los costos son trasladados a los consumidores y probablemente por vías menos directas que la tarifa, estableciendo por ejemplo menores niveles de calidad, disminuyendo los niveles de inversiones en infraestructura u otros.

No hay pues fracciones o sectores que puedan ser considerados como de interés de los operadores y otros que puedan ser considerados del interés de los



usuarios. La interconexión es, desde el punto de vista jurídico una institución jurídica y por tanto debe ser abordada teniendo en cuenta que en cualquier caso, todos los costos (monetarios o económicos) son asumidos por los consumidores y es el interés de los consumidores el que se debe privilegiar.

Ello hace que ante cualquier aspecto de la interconexión se deba privilegiar el interés de los usuarios o el interés público y para ello, se debe recurrir en primer lugar a la regulación y al Derecho Administrativo, que son el núcleo de la interconexión. Y si se recurren a normas o instituciones propias del Derecho Privado, es necesario tener en cuenta que éstas son meramente instrumentales y por tanto no alteran la naturaleza pública de la interconexión.

#### **4.3.3 Los procedimientos involucrados en la interconexión, tienen componentes propios del Derecho Procesal Civil como del Derecho Procesal Penal y Administrativo.**

La solución de controversias derivadas de la interconexión tiene un procedimiento también particular que no es propiamente del Derecho Procesal Civil ni del Derecho Procesal Administrativo o Sancionador (más cercano al proceso penal). En algunos casos se podrá recurrir a soluciones de uno u otro, dependiendo de la materia y, principalmente de las implicancias económicas para los usuarios. En efecto, un desistimiento por ejemplo, no podrá ser admitido llanamente o denegado liminarmente para continuar con el procedimiento, como ocurre en materia penal, por ejemplo, sino previa evaluación de los efectos del mismo. Una excepción no podrá ser resuelta con estricto apego literal a las cláusulas de los contratos sino atendiendo a que se trata de una materia de interés público y por tanto disponiendo la vía que sea más rápida y eficiente para lograr la solución del conflicto. Esto ocurre por ejemplo con las cláusulas arbitrales contenidas en los acuerdos de interconexión, en las que por ejemplo, las partes hubieran pactado la solución de diferencias ante una corte arbitral aún no instalada o ante una corte internacional o que tenga demasiados requisitos previos antes de iniciar el arbitraje u obtener una resolución final. En esos casos, se debe disponer que la solución de los conflictos se produzca de la manera más expeditiva posible, sin avalar prácticas de los operadores que puedan impedir o restringir o dilatar innecesariamente la solución de un conflicto de interconexión, que una vez más repercutirá en los usuarios.

Los procedimientos de solución de controversias, deben pues, atender a la finalidad prevista en la interconexión y deben ser lo suficientemente flexibles para permitir atender ese interés, sin que ello quiera decir, claro está, que se cometan arbitrariedades en contra de los operadores.

#### **4.3.4 La interpretación de los contratos de interconexión:**

Una de las principales cuestiones que plantean los llamados contratos de interconexión es el relativo a su interpretación. Ello porque si la relación de interconexión surgió como consecuencia de un acuerdo o contrato, es muy fácil que en un supuesto de interpretación se recurran de manera estricta a los principios y criterios de interpretación que, como se sabe, pretenden buscar la voluntad de las partes al momento de redactar el contrato y de atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes. Si bien es cierto que los principios y criterios de interpretación son válidos, es también cierto que en este caso, todo el proceso de interpretación deberá estar guiado con la consideración de que se trata de una manifestación de voluntad, destinada a cumplir una norma imperativa –la obligación de interconexión- y cuyos alcances y trascendencia para el usuario fue conocida por quienes redactaron el Contrato.

La interpretación de los contratos de interconexión, deberá, pues, realizarse bajo la premisa de la implicancia de la interconexión para los usuarios, los objetivos regulatorios que se persiguen con la interconexión y deberá atribuir el sentido a las declaraciones realizadas por las partes. Todo bajo la consideración de que los contratantes son operadores de los servicios de telecomunicaciones y como tales, conocen la naturaleza, importancia, principios, y fines que la interconexión pretende alcanzar. Y dichos criterios orientadores, deben ser tomados en cuenta pues por el principio de buena fe que rige la actividad interpretativa, no es posible considerar que dos comerciantes honrados acuerden contra la ley o que su pacto esté orientado a resguardar sus propios intereses en perjuicio de sus usuarios o que su actuación haya estado dirigida a perjudicar a los usuarios del otro operador o, en general, a burlar la normativa relativa a la interconexión.

Bajo esta consideración previa, la interpretación de los contratos deberá realizarse siguiendo los principios y métodos de interpretación de los contratos y la conclusión final no podrá ser contraria a la naturaleza, fines y principios de la interconexión o prescindiendo del interés de los usuarios.

#### 4.3.5 La resolución contractual, la rescisión y la excesiva onerosidad de la prestación.

Estas figuras que son propias del derecho civil podrían aplicarse siempre que ello permita evitar un perjuicio al usuario o favorecerlo y siempre que la falta de interconexión esté prevista como un supuesto que permita exonerar a alguna de las partes de su obligación de brindar interconexión. No obstante, ninguna de estas soluciones podría ser tomada unilateralmente por cualquiera de los operadores sin previa participación y aprobación del regulador. Cabe señalar asimismo, que en el Derecho Administrativo se trata de armonizar los intereses particulares de los administrados con los intereses generales que está destinado a tutelar, buscando un equilibrio difícil –pero posible- entre privilegios y garantías. En efecto, como señala García de Enterría *“en último término, todos los problemas jurídico administrativos consisten en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables de los ciudadanos”*<sup>156</sup>

#### 4.3.6 Las decisiones sobre interconexión afectan a todos los operadores

Como se sabe, se afirma que para los terceros, el contrato es un asunto *res inter alios acta* es decir, un hecho entre otros y por tanto, en principio, no puede desplegar su eficacia jurídica en los terceros, ni en su beneficio ni en su perjuicio. El fundamento de ello es que el contrato es el ejercicio de un poder de la autonomía privada y ésta consiste en dictar la ley o precepto por el que se ha de regir la propia esfera jurídica. Por esa razón, un acto con efectos respecto de terceros sería una invasión de la esfera jurídica ajena.

Ahora bien, como se ha señalado, el acuerdo o contrato de interconexión no responde a la autonomía de la voluntad de los contratantes sino al cumplimiento de una obligación legal y por ello, no puede decirse que las condiciones de interconexión pactadas entre dos operadores sean exclusivas de esa relación

---

<sup>156</sup> *Ibíd.*, p. 43

jurídica en particular y que, por lo mismo, excluyan de su aplicación a otros operadores. Y ello obedece a que la doctrina reconoce que los actos jurídicos tienen influencia en otras relaciones jurídicas, pero principalmente a que las condiciones de interconexión, por el principio de no discriminación, deben ser equivalentes a todos los operadores.

En efecto, la doctrina reconoce que un contrato puede producir dos tipos de efectos: (i) los efectos jurídicos que son proyección del contenido dado al contrato por sus autores; y, (ii) efectos derivados del la imposición del ordenamiento jurídico *“en tales casos ocurre que las partes son libres para querer o para no querer un cierto tipo contractual, pero, adoptado el tipo, los efectos son necesariamente impuestos por la ley. Cabe así hablar de una eficacia ex lege o de una eficacia legal del contrato. Todavía en este terreno cabe señalar que determinados efectos legales son antepuestos a las disposiciones privadas. La adopción o la elección del tipo de contrato los arrastra necesariamente, aunque las partes nada hubieran estipulado o incluso los hubieran excluido. Puede hablarse entonces de una eficacia legal imperativa”* (subrayado agregado)<sup>157</sup>. Pues bien, en el caso de la interconexión, esos efectos queridos por la ley o efectos imperativos son mucho más importantes debido a que se trata de una relación que surge por voluntad de la ley y cuyas consecuencias están previamente establecidas.

Y, sin duda, una de las más importantes consecuencias es la aplicación de los principios que rigen la interconexión. En particular del principio de no discriminación que permite que las distintas relaciones jurídicas funcionen como una suerte de “vasos comunicantes”<sup>158</sup> en la que, sin importar el tamaño o forma de las empresas interconectadas, las condiciones de interconexión fluyan entre ellas de manera homogénea. Al variar uno de dichos aspectos respecto de alguna de las empresas, el nivel o condiciones de interconexión de todas las demás quedará también modificado. En la interconexión, como en los vasos comunicantes, lo que ocurre a una empresa que se interconecta repercute en las demás y entonces, no es posible aislar una situación o relación de interconexión y por lo mismo, no es posible alegar que la suscripción de un contrato de interconexión con ciertas condiciones deba ser aplicable de modo exclusivo o excluyente a esa situación. En la medida que otro operador cumpla con las mismas condiciones, podrá exigir legítimamente la aplicación de las mismas condiciones.

---

<sup>157</sup> *Ibíd.*, p. 272

<sup>158</sup> Según esta observación, *“cuando recipientes de diferentes formas, están conectados entre sí, el líquido que se les llena alcanza en todos el mismo nivel”*. GOÑI GALARZA, Juan. Física General; Lima, Ingeniería s/a; p. 287

Este hecho, el de ser una suerte de vasos comunicantes, funciona al mismo tiempo como un mecanismo de contrapeso de intereses. En efecto, los políticos - que pretenden hacer suya la voz de los usuarios-, los operadores entrantes que pretenden las mejores condiciones aplicables en su favor pero no quieren otorgar condiciones similares a los demás y el operador establecido que vigila también sus propios intereses, pueden lograr ciertos equilibrios, pues las ventajas obtenidas por uno de ellos sea también aplicable a los demás.

Y esta situación –la eficacia de los contratos respecto de terceros- no es novedosa ni exclusiva para el campo de la interconexión. Ello porque la doctrina reconoce la existencia de la eficacia refleja y “*los supuestos de lo que Giovene llama eficacia refleja propiamente dicha son aquellos que derivan de la igualdad de situaciones jurídicas, de la conexión entre ellas o exclusivamente de la voluntad de la ley*<sup>159</sup>” (subrayado agregado). En la interconexión ocurren estos tres supuestos debido a que la ley establece que se trata de situaciones jurídicas iguales y, por los principios que rigen la interconexión existe conexión entre ellas.

La posibilidad que los contratos de interconexión también sean modificados como consecuencia de otros acuerdos o mandatos de interconexión, revela una vez más que no se trata de una figura propia del Derecho Privado y por tanto, la aplicación de los principios de interconexión a las relaciones de interconexión en modo alguno implica una trasgresión al artículo 62 de la Constitución Política, que, como se ha señalado, consagra la inmutabilidad de los contratos privados.

---

<sup>159</sup> DIEZ PICAZO o.c., p. 279

## CONCLUSIONES

La revisión de los modelos de prestación de los servicios de telecomunicaciones, hacen evidente que el avance tecnológico y las dificultades económicas que afrontaban los países para mantener los sistemas de prestación de los servicios de telecomunicaciones, dieron lugar al proceso de liberalización que se inició a fines de la década de los ochenta.

Los países como el nuestro, -apegados a la doctrina del servicio público y a la titularidad estatal de los servicios- recurrieron a técnicas más cercanas al modelo norteamericano pues apostaron por (i) la gestión privada de los servicios, con la intervención estatal en calidad de regulador; (ii) introducir la competencia en actividades consideradas tradicionalmente como monopolios naturales; y, (iii) la desagregación de actividades. El sistema norteamericano, por su parte, sin cambiar la titularidad de la empresa, recurrió a procesos de desregulación que aspiraban a reducir el control y la normativa emitida por el Estado, que en los hechos, había consagrado los monopolios privados y perjudicado al usuario.

El proceso de liberalización parte de la premisa que la competencia económica es la forma más eficiente de lograr mejores condiciones de acceso a los servicios de telecomunicaciones. En un entorno competitivo, el Estado asume el rol de regulador y limita su actuación a aquellos espacios en los que los agentes privados no tienen incentivos para invertir y prestar los servicios.

Con la finalidad de lograr competencia económica en un sector que desde el punto de vista económico y jurídico era un monopolio natural, se emitieron normas destinadas a lograr la apertura. Una de las normas más importantes es precisamente la obligación de interconexión, pues ella permite que en un primer momento, los operadores de telecomunicaciones ingresen al mercado haciendo uso de las llamadas instalaciones esenciales de los operadores establecidos y luego, que todos los operadores puedan brindar sus servicios con una lógica de

red (completamente integrada) y garantizando el derecho que tienen los usuarios de elegir a sus operadores de telecomunicaciones.

Los modelos utilizados para hacer posible la interconexión han sido varios, uno de ellos, es precisamente permitir que sean los operadores de telecomunicaciones los que definan las condiciones de interconexión, a través de los llamados acuerdos o contratos de interconexión. No obstante, a pesar del nombre que reciben, éstos no tienen naturaleza privada, pues se trata únicamente de un mecanismo utilizado por el Estado para lograr concretar la obligación de interconexión. Ello porque a diferencia de otras obligaciones, la obligación de interconexión, para ser cumplida, requiere de por lo menos dos personas. No es posible hablar de interconexión –desde el punto de vista jurídico- respecto de un solo operador de telecomunicaciones y un solo operador no puede unilateralmente dar cumplimiento a dicha obligación. Es preciso que para dar cumplimiento a la ley, concurren por lo menos dos o más operadores. Esa concurrencia de voluntades es la que motiva la alegación del carácter privado de los llamados acuerdos o contratos de interconexión, pues tradicionalmente el único espacio en el que concurren dos o más voluntades es el contrato y, normalmente, para el cumplimiento de las normas imperativas, basta la voluntad del sujeto obligado.

Ahora bien, de la revisión de los expedientes administrativos tramitados ante OSIPTEL, se ha encontrado que, directa o indirectamente se ha aludido a la naturaleza de los contratos o acuerdos de interconexión, alegándose su carácter privado para la aplicación de normas propias del Derecho Civil contractual o su carácter público para reclamar una mayor intervención de la autoridad estatal, encargada de tutelar el interés público.

No obstante, tratándose de una obligación que debe ser cumplida por más de un operador y siendo un método u opción regulatoria, los acuerdos o contratos de interconexión pertenecen a la regulación económica y en nuestro sistema, están dentro del Derecho Administrativo.

Ello tiene importantes consecuencias prácticas, pues así como la autonomía de voluntad es el centro del Derecho Contractual, lo medular de la interconexión es el interés público entendido como el interés del usuario. Dicho interés es el que debe regir cuando se trata de interpretar un contrato de interconexión, o en general, cuando se debe abordar cualquier aspecto de la interconexión. Tratándose de una figura que se inserta en la regulación, las técnicas de carácter privado que se utilizan en la interconexión son meramente instrumentales y en cualquier caso de

deficiencia o vacío, se debe recurrir en primer lugar a la regulación económica y luego al Derecho Administrativo.





## BIBLIOGRAFIA

1. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado Crisis y Reforma del Sector Público. Madrid; Marcial Pons 1993
2. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima; Ariño y Asociados – Ara; Lima 2004
3. ARIÑO ORTIZ, G; DE LA CUÉTARA J.M; MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L. El Nuevo Servicio Público. Madrid. Marcial Pons 1997
4. ARMSTRONG Mark, COWAN Simon, and VICKERS John. Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience; London; MIT 1994
5. BAYLOS CARROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial Propiedad Intelectual Derecho de la Competencia Disciplina de la Competencia Desleal. Madrid; Civitas 1978
6. BERMEJO VERA, José (director). Derecho Administrativo. Parte Especial, Madrid; Civitas; 1999
7. CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. 7ª ed.; Buenos Aires; Abeledo Perrot 2002
8. CASTEJON MARIN, Luis MANCHOTA José Luis. "La interconexión: vía fundamental para la plena competencia y el despliegue de infraestructuras." En: <http://borneo.gtic.ssr.upm.es/artihtm/bit107v2.html> de fecha 8 de febrero de 1999
9. CASTELLS, Manuel. La Sociedad de la Red, Economía, Sociedad y Cultura. España; Alianza Editorial 1997

10. CEPAL ECLAC división de Recursos Naturales e Infraestructura. Serie Recursos Naturales e Infraestructura. SOLANES, Miguel. Servicios Públicos y Regulación. Consecuencias de las fallas de Mercado. Santiago de Chile 1999
11. CIRIZA MOSQUERA "Liberalización e interconexión en el sector de las telecomunicaciones" En: III Seminario organizado por AHCJET.
12. COSMO GRAHAM. Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach. Oxford – Portland Oregon; Hart Publishing 2000
13. CREMADES, Javier (coordinador). Derecho de Telecomunicaciones. Madrid. La Ley – Actualidad Ministerio de Fomento 1997
14. CHILLÓN MEDINA, José María. La Interconexión de Redes y su Incidencia Jurídica. En: II Seminario de Telefonía Móvil Celular AHCJET
15. DESDENTADO DAROCA, Eva. La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes. Valencia; Tirant lo Blanch 1999
16. DE CASTRO Y BRAVO Federico. El Negocio Jurídico. Madrid; Civitas 1985
17. DE LA CUADRA SALCEDO, Tomás. Liberalización de las Telecomunicaciones, Servicio Público y Constitución Económica Europea. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales 1995
18. DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la sección Primera del VII del Código Civil. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Primera Parte Tomo I; 3ª ed.; Lima; PUCP
19. DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I; Madrid; Tecnos 1986
20. DIEZ PICAZO, Luis. Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho Privado (dos esbozos) Madrid; Cuadernos Civitas 1979
21. DOOR, Roberto. Cargos de Interconexión ¿mensuales por capacidad o por minutos de uso? 1999

22. ESCOBAR, Freddy y KRUGER Rosa María. Informe Legal elaborado para la Gerencia de Regulación de Telefónica del Perú; 22 de noviembre de 2002
23. ESCOLA, Héctor Jorge; El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo. Buenos Aires; Depalma 1989
24. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. "Del Servicio Público a la Liberalización desde 1950 hasta hoy" En: Revista de Administración Pública; Num. 150; Setiembre-diciembre 1999
25. FONT GALÁN, Juan Ignacio. Constitución Económica y Derecho de la Competencia. Madrid, Tecnos 1987
26. GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, FERNÁNDEZ Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo; Tomo I; 3ª. ed. Madrid; Civitas 1986
27. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Ed.). Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998 de 24 de abril). Madrid; Civitas 1999
28. GARCIA, César Enrique. "La problemática de interconexión y su influencia en los precios" ITEC Telecom
29. GARCIA Tomas, ALCALDE Jesús y LANCHARRO, Eduardo. Introducción a la Informática. Madrid; McGraw-Hill 1993
30. GOÑI GALARZA, Juan. Física General; Lima, Ingeniería s/a; p. 287
31. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Obras Completas Tomo III Derecho de Obligaciones. Madrid; Espasa-Calpe 1998; p.168
32. INFODEV BANCO MUNDIAL. Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones. MCCARTHY TETRAULT; [www.infodev.org/projects/314regulationhandbook](http://www.infodev.org/projects/314regulationhandbook)
33. LAFFONT Jean-Jacques TIROLE Jean. Competition in Telecommunications. London. MIT Press 2000
34. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. Derecho Administrativo Económico. Tomo I. Madrid. La Ley 1991

35. MESSINEO Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II; Buenos Aires; EJEA 1971
36. NAVARRO RODRÍGUEZ, Eugenio y DE HUELDES CANAL Julia. El Contrato de Interconexión de redes de telecomunicación. En: VI Seminario AHCIET sobre Derecho de las Telecomunicaciones
37. NEWBERY David. Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities. 3ª e. London. MIT Press 2000
38. OEA Comisión Interamericana de Telecomunicaciones. Directrices y Prácticas de la CITEL para la Reglamentación de la Interconexión. VIII Reunión del Comité Directivo Permanente de la CITE (COM/CITEL). 2000
39. OSIPTEL La Experiencia de Regulación en Telecomunicaciones. Documentos del Primer Encuentro Regional de Órganos Reguladores de América Latina y El Caribe. Lima 22-24 mayo 1996
40. OVUM Informe sobre Interconexión para OSIPTEL. 1997
41. POSNER Richard A. El análisis Económico del Derecho. México; Fondo de Cultura Económica 2000
42. PEÑA, Pedro. "Desregulación y Competencia en la Ley de Telecomunicaciones Norteamericana de 1996" En: REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA num. 141 Setiembre-diciembre 1996
43. PIERCE J. Pierce Jr., Ernest GELLHORN. Regulated Industries in a Nutshell. 4ta. ed. St. Paul Minn; West Group 1999
44. PRIEST George. "Los insuficientes esfuerzos del gobierno para aplicar el moderno derecho *antitrust* a las industrias de redes" En: Themis Revista de Derecho N° 47
45. REALE, Miguel. La Relación Jurídica, Situación Subjetiva y Derecho Subjetivo. En: Introducción al Derecho. 2da. Edición corregida y aumentada; Traducción y adaptación a cargo de Jaime Brufau Prats; Madrid; Pirámide; 1977

46. ROZAS, Hortencia (Gerente de Regulación de Telefónica). El Contrato de Interconexión en la Legislación Peruana”. En: VI Seminario AHCIET sobre Derecho de las Telecomunicaciones.
47. SANTOS BRIZ Jaime. Los Contratos Civiles Nuevas Perspectivas. Granada; Comares 1992.
48. STOLFI Giuseppe. Teoría del Negocio Jurídico. Madrid; Revista de Derecho Privado.
49. UIT Interconexión y Reglamentación. Informe del Cuarto Coloquio sobre Reglamentación celebrado en la sede de la UIT 19-21 de abril de 1995. Ginebra
50. VÁSQUEZ LÉPINETTE, Tomás. La obligación de interconexión de redes de telecomunicaciones. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas; Valencia; Tirant lo blanch 1999
51. VISCUSI Kip, VERNON John M., HARRINGTON Joseph E. Economics of Regulation and Antitrust. 3ª ed. London; MIT Press; 2000
52. VIZCARRA, Maite (compiladora). La Sociedad de la Información Nuevas Tendencias de las Telecomunicaciones. Lima. UPC 2003
53. YOUNG Alison. The Politics of Regulation. Privatized Utilities in Britain. London. Palgrave 2001

## FUENTES

1. Expedientes administrativos tramitados ante OSIPTEL (archivados) referidos a Interconexión
2. Mandatos de interconexión aprobados por OSIPTEL
3. Contratos de Concesión de Telefónica del Perú S.A.A.
4. Legislación sobre telecomunicaciones
5. Fuente Directa: Ing. Roberto Door  
Consultor internacional en Telecomunicaciones

